Die Stellvertretung im Gewerberecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

Vorgelegt von

Gerichtsreferendar **Karl Schreiber**

aus Stuttgart

1938

Druck von Lämmle & Müllerschön, Winnenden b. Stuttgart.

Die Stellvertretung im Gewerberecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

Vorgelegt von

Gerichtsreferendar **Karl Schreiber**

aus Stuttgart

1938

Druck von Lämmle & Müllerschön, Winnenden b. Stuttgart.

Obmann: Professor Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Professor Dr. von Köhler

2. Berichterstatter: Professor Dr. Merk

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juni 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549602_0066

Inhaltsübersicht:

Seite

Einleitung ... 8
I. Teil: Der Begriff der Stellvertretung ... 10
§ 1: Der Begriff der Stellvertretung im bürgerlichen Recht ... 10
I. Der Grundsatz der Willensvertretung ... 10
II. Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung ... 11
III. Die Vertretungsmacht, insbesondere die Vollmacht ... 12
§ 2: Der Begriff der Stellvertretung im Gewerberecht ... 13
I. Die einschlägigen Vorschriften der Gewerbeordnung ... 13
II. Stellvertreter und gewerblicher Arbeiter ... 14
III. Stellvertreter und Pächter ... 17
IV. Freiwillige und notwendige Stellvertretung ... 20
V. Begriffsbestimmung ... 26
§ 3: Anhang: Der gewerbliche Stellvertreter und der Stellvertreter des Betriebsführers ... 27
I. Stellung des Stellvertreters des Betriebsführers ... 27
II. Die gesetzlichen Vertreter als Betriebsführer. Freiwillige und notwendige Stellvertretung ... 30
III. Bestellung des Stellvertreters des Betriebsführers ... 33
IV. Der begriffliche Unterschied zwischen gewerblichem Stellvertreter und Stellvertreter des Betriebsführers ... 34

II. Teil: Die Zulässigkeit der Stellvertretung ... 35
§ 4: Allgemeines. Geltungsbereich der §§ 45 ff. der Gewerbeordnung ... 35
I. Vorbemerkung ... 35
II. Die Stellvertretung beim Gewerbebetrieb im Umherziehen und im Marktverkehr ... 36
III. Ausnahmen von der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung ... 39
§ 5: Die Voraussetzungen in der Person des Vertretenen ... 45
I. Allgemeine Voraussetzungen ... 45
II. Das Recht der Witwe und der minderjährigen Erben auf Fortsetzung des Gewerbebetriebs ... 45
III. Die juristischen Personen und die nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen als Unternehmer erlaubnispflichtiger Gewerbe ... 55
§ 6: Die Voraussetzungen in der Person des Stellvertreters ... 60
I. Die allgemeinen Erfordernisse ... 60
II. Die besonderen Erfordernisse ... 61
III. Reichsgesetze mit besonderer Stellvertreter-Erlaubnis ... 68

III. Teil: Die gewerberechtlichen Wirkungen der Stellvertretung ... 71
§ 7: Befugnisse, Pflichten und Haftung des Stellvertreters ... 71
I. Die Befugnisse ... 71
II. Die Pflichten ... 73
III. Die Haftung ... 75
§ 8: Die Rechtsstellung des Vertretenen ... 76
I. Vorbemerkung ... 76
II. Die gewerbepolizeiliche Haftung des Vertretenen ... 78
III. Die Entziehung der persönlichen Berechtigung wegen Uebertretungen des Stellvertreters ... 79
IV. Die Entziehung der Stellvertreter-Erlaubnis ... 82
§ 9: Die Folgen unbefugter Stellvertretung ... 82
I. Scheinbare Stellvertretung ... 83
II. Stellvertretung durch einen ungeeigneten Stellvertreter ... 84
III. Stellvertretung eines Nichtberechtigten ... 86

Schrifttum.

Arbeitsrecht-Kartei, herausgegeben von Kallee, Stuttgart.
Becker, Enno: Die Reichsabgabenordnung, 7. Aufl. Berlin, 1930.
Becker, Enno: Steuerrecht und Privatrecht in „Steuer und Wirtschaft" 1934, Sp. 299 ff.
Blau, Bernhard und Oeftering, Heinz: Steuerrecht und BGB. Berlin, 1934.
Deutsches Recht.
Deutsches Verwaltungsblatt (DVerwBl.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung von H. C. Nipperdey. Marburg 1931.
Frank, Hans: Deutsches Verwaltungsrecht. München, 1937.
Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen, 1928.
Geyler: Beiträge zur steuerrechtlichen Stellvertretungslehre. Berlin 1930.
Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, 1. Bd. Leipzig 1895.
Goltdammers Archiv: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goltd. Arch.).
Gülde: Juden in der Wirtschaft, in „Deutsches Recht", 1937, S. 356 ff.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 2. Aufl. München und Berlin 1937.
Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht, 1937.
Juristische Wochenschrift (J. W.).
Kähler, Wilhelm: Die Stellvertretung im Gewerbebetrieb. Leipzig 1894.
Knauth: Gewerbefreiheit und Polizei in DJZ. 1936, S. 554 ff.
v. Köhler, Ludwig: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart-Berlin 1935.
Köstlin, Reinhard: Gaststättengesetz, 1. Teil, Das Gaststättengesetz mit Einführung und Erläuterungen. Stuttgart 1930.
Landmann-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung, 1. Bd., 9. Aufl. München und Berlin 1938;
2. Bd., 8. Aufl. München 1930/1931.
Larenz, Carl: Gemeinschaft und Rechtsstellung in „Deutsche Rechtswissenschaft" 1936, Heft 1, S. 31 ff.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar. Berlin 1934.
Matthiesen: Befugnis des Zwangsverwalters zur Fortsetzung und Einrichtung eines Gewerbebetriebs auf dem Grundstücke des Schuldners, in „Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß" Bd. 31, S. 315 ff.
Maunz, Theodor: Das Verwaltungsrecht des nationalsozialistischen Staates, in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 27 ff.
Michel, Elmar: Das Gaststättengesetz, Kommentar, 2. Aufl. Berlin 1935.
Michel, Elmar: Aus der Praxis des Gaststättengesetzes in Reichsverwaltungsblatt 1932, Bd. 53, S. 881.
Motive zum Entwurf des BGB.
Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, 1. Hlbd., in „Grundrisse des deutschen Rechts", herausgegeben von Stoll und Lange. Tübingen 1936.
Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht mit Erläuterungen.
Reger: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB., 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934/35.
Reichstagsverhandlungen (RTV.), IV. Wahlperiode 1928, Bd. 430, Anl. Nr. 1 bis 350 zu den stenogr. Berichten.
Reichsverwaltungsblatt (RVerwBl.).
Rohmer, Gustav: Kommentar zum Gaststättengesetz. München 1930.
Rümelin, Max: Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Zivilprozeß, Tüb. Diss. 1886.

Rümelin, Max: Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, in Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 93 (n. F. Bd. 43) 1902, S. 131 ff.
Scheuner: Gewerbefreiheit und Polizeigewalt in der neuen Wirtschaftsordnung, in Deutsches Verwaltungsblatt 1936, S. 210 ff.
Schey, Josef: Das Allg. Bürgerl. Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich, 20. Aufl. bei Manz. Wien 1916.
v. Schicker, Carl: Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1 und 2, 4. Aufl. Stuttgart 1901.
Schloßmann, Siegmund: Die Lehre von der Stellvertretung, Bd. 1 und 2. Leipzig 1900/1902.
Schultzenstein: Polizeiwidriges Handeln und Vertretung, in Verwaltungsarchiv Bd. 14. 1906.
Schultzenstein: Persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht, in Verwaltungsarchiv Bd. 10, S. 112 ff.
Schwarz, Otto: Strafgesetzbuch, 2. Aufl. Berlin 1934.
Seydel, Max, Schecher, Carl Ludwig: Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reichs. Tübingen 1910.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 1936.
Spohr: Nichtarier und Gewerbefreiheit, in Reichsverwaltungsblatt 1936, S. 919 ff.
Steuer und Wirtschaft.
Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (EWVRO.), Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Stuttgart 1931. Ergänzungsband 1936.
Winter: Der gewerbliche Stellvertreter. Gött. Diss., 1905.
Würdinger, Hans: Geschichte der Stellvertretung in England. Marburg 1933.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Gesetzes-Verzeichnis

(zugleich Abkürzungsverzeichnis).

ALR. Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten v. 5. 2. 1894.
AOG. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. 1. 1934, RGBl. I S. 45.
ApothverpG. Gesetz über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken v. 13.12.1935, RGBl. I S. 1445. 1. DVO. vom 26.3.1936, RGBl. I S. 317.
AusfAnw. Ausführungsanweisung.
AusfBest. Ausführungsbestimmungen.
AVO. Ausführungsverordnung.
BefugnisVO. Verordnung über die Befugnisse des Reichskommissars für Preisüberwachung vom 8.12.1931, in der Fassung der VO. vom 15.4.1932, RGBl. I, Seite 180.
Code civil veröffentlicht in: Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1, herausgegeben von Heinsheimer. Mannheim, Leipzig, Berlin 1932.
DGemO. Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935, RGBl. I, S. 49.
DVO. Durchführungsverordnung.
EinkStG. Einkommensteuergesetz vom 16.10.1934, RGBl. I, S. 1005.
EinzelhandelsschutzG. Gesetz zum Schutze des Einzelhandels v. 12.5.1933, RGBl. I. S. 262, in der Fassung des Ges. v. 9.5.1935, RGBl. I, S. 589. DVO. vom 23.7.1934, RGBl. I, S. 276.
GaststG. Gaststättengesetz vom 28.4.1930, RGBl. I, S. 146.
GewStG. Gewerbesteuergesetz vom 1.12.1936, RGBl. I, S. 979.
GO. Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21.6.1869, unter Berücksichtigung der Aenderungen und Ergänzungen bis 31.12.1937.
GüterfernverkG. Gesetz über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen v. 26.6.1935, RGBl. I, S. 788. DVO. vom 27.3.1936, RGBl. I, S. 320.
1. HandwVO. Erste Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 15.6.1934, RGBl. I, S. 493.
3. HandwVO. Dritte desgl. v. 18.1.1935, RGBl. I, S. 15 mit AenderungsVO. vom 22.1.1936, RGBl. I, S. 42.

HGB. Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897.
HypBankG. Hypothekenbankgesetz vom 13. 7. 1899, RGBl. I, S. 375.
KraftFAusbVO. Verordnung über die Ausbildung von Kraftfahrzeugführern vom 21. 12. 1933, RGBl. I, 1934, S. 13.
KreditwG. Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. 12. 1934, RGBl. I, S. 1203.
KulturkG. Reichskulturkammergesetz vom 22. 9. 1933, RGBl. I, S. 661.
1. DVO. vom 1. 11. 1933, RGBl. I, S. 797.
LebensmittelG. Lebensmittelgesetz vom 5. 7. 1927, RGBl. I, S. 318.
MetallverkG. Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23. 7. 1926, RGBl. I, S. 415.
MilchG. Milchgesetz vom 31. 7. 1930, RGBl. I, S. 421.
PersonenbefG. Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande in der Fassung vom 6. 12. 1937, RGBl. I, S. 1319. DVO. vom 26. 3. 1935.
PrPolVerwG. Preußisches Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 1. 6. 1931, Preuß. Gesetzsammlung 1931, S. 77.
RAO. Reichsabgabenordnung in der Fassung vom 22. 5. 1931, RGBl. I, S. 517. DVO. zu § 107 vom 18. 2. 1937, RGBl. I, S. 275.
RÄrzteO. Reichsärzteordnung vom 13. 12. 1935, RGBl. I, S. 1433.
RechtsanwO. Rechtsanwaltsordnung vom 21. 2. 1936, RGBl. I, S. 107.
RechtsberG. Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13. 12. 1935, RGBl. I, S. 1478,
1. AVO. v. 13. 12. 1935, RGBl. I, S. 1481
2. AVO. v. 3. 4. 1936, RGBl. I, S. 359
3. AVO. v. 25. 6. 1936, RGBl. I, S. 514.
ReisevermittlG. Gesetz über die Ausübung der Reisevermittlung vom 26. 1. 1937, RGBl. I, S. 31 DVO. vom 22. 2. 1937, RGBl. I, S. 336.
RTierärzteO. Reichstierärzteordnung vom 3. 4. 1936, RGBl. I, S. 347.
SchiffsbankG. Gesetz über Schiffspfandbriefbanken (Schiffsbankgesetz) v. 14. 8. 1933, RGBl. I, S. 583.
SchornsteinfegVO. Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. 4. 1935, RGBl. I, S. 515, AusfAnw. v. 15. 4. 1935, RGBl. I, S. 523.
SchriftlG. Schriftleitergesetz vom 4. 10. 1933, RGBl. I, S. 713.
StaatsoberhG. Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs v. 1. 8. 1934, RGBl. I, S. 747.
StGB. Strafgesetzbuch vom 15. 5. 1871.
StPO. Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877.
TitelG. Gesetz über Titel, Orden und Ehrenzeichen vom 1. 7. 1937, RGBl. I, S. 725 AVO. vom 14. 11. 1935, RGBl. I, S. 1341.
VersAufsG. Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen in der Fassung v. 6. 6. 1931, RGBl. I, S. 315.
VerstG. Gesetz über das Versteigererwesen vom 16. 10. 1934, RGBl. I, S. 974.
VerstVorschr. DVO. zum Gesetz über das Versteigererwesen (Versteigerervorschriften) vom 30. 10. 1934, RGBl. I, S. 1091.
ViehhandelsVO. Verordnung über den Handel mit Vieh vom 25. 1. 1937, RGBl. I, Seite 28.
ViehseuchenG. Viehseuchengesetz vom 26. 6. 1909, RGBl. I, S. 515.
AusfBest. vom 25. 12. 1911, RGBl. I, 1912, S. 3.
VierjahresplDurchfG. Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans v. 29. 10. 1936, RGBl. I, S. 927.
WaffenG. Waffengesetz vom 18. 3. 1938, RGBl. I, S. 265.
WandergewStG. Gesetz über die Besteuerung des Wandergewerbes vom 10. 12. 1937, RGBl. I, S. 1348.
WeinG. Weingesetz vom 25. 7. 1930, RGBl. I, S. 356.
WerberatBek. Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft; 2. Bek. in Reichsanzeiger 1933, Nr. 256; 6. Bek., das. 1934 Nr. 69.
WirtschWerbG. Gesetz über Wirtschaftswerbung vom 12. 9. 1933, RGBl. I, S. 625.
WRegBl. Regierungsblatt für Württemberg.
ZPO. Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877.

Einleitung.

Die Begriffe „Stellvertretung“ und „Stellvertreter“ sind gemeinsame Bezeichnungen, denen wir überall da begegnen, wo jemand an der Stelle eines andern steht oder für diesen handelt. In allen Gebieten des menschlichen Lebens finden wir sie, sei es im Bereich der staatlichen Führung, der Verwaltung, der konkreten Ordnungen des zwischenständischen Rechtsverkehrs oder des Rechtsschutzes, sei es bei Rechtsgeschäften, Rechtshandlungen oder rein tatsächlichen Verrichtungen. Der Führer und Reichskanzler bestimmt seinen „Stellvertreter“[1], der Bürgermeister einer Gemeinde wird von den Beigeordneten „vertreten“[2], der Unternehmer eines Betriebs kann eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person mit seiner „Stellvertretung“ betrauen[3], ein privatrechtliches Rechtsgeschäft kann durch einen „Vertreter“ vorgenommen werden[4], der Steuerpflichtige kann sich bei der Erfüllung von Pflichten, die ihm im Interesse der Besteuerung obliegen, eines „Bevollmächtigten“ bedienen[5], die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetrieb können durch „Stellvertreter“ ausgeübt werden.[6]

Wir können schon aus diesen wenigen Beispielen entnehmen, daß man von „Stellvertretung“ immer dann spricht, wenn jemand an Stelle des Berechtigten oder Verpflichteten steht oder handelt. Während aber in der Regel Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen oder tatsächliche Verrichtungen nur dem zugerechnet werden, der sie vorgenommen hat, liegt es im Wesen der Stellvertretung, daß der, welcher als Stellvertreter tätig ist, Wirkungen nicht für sich selbst, sondern für den Vertretenen herbeiführen will. Die Rechtsordnung ermöglicht die Verwirklichung dieser Absicht, indem sie beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Rechtsfolgen der vom Vertreter vorgenommenen Handlungen unmittelbar in der Rechtssphäre des Vertretenen eintreten läßt.

Gegenstand der Lehre von der Stellvertretung ist es, diese Voraussetzungen und die Folgen ihres Fehlens darzustellen, sowie die Grenzen zu ziehen zwischen der Stellvertretung und verwandten Rechtsgebilden.

Im gemeinen Recht und in der Entstehungszeit des BGB. war die Lehre von der Stellvertretung Gegenstand heftiger wissenschaftlicher Auseinandersetzungen. Es sei hier nur erinnert an die Abhandlungen von Rümelin: „Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch“ und „Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Zivilprozeß“, ferner an das ausführliche Werk von Schloßmann: „Die Lehre von der Stellvertretung“.[7]

[1] § 1 StaatsoberhG.
[2] § 6 DGemO.
[3] § 3 ADG.
[4] § 164 BGB.
[5] § 107 Abs. 1 RAO.
[6] § 45 GO.
[7] Bd. 1 und 2, Leipzig 1900/02.

Das BGB. hat in seinem dritten Abschnitt, also in der Lehre von den Rechtsgeschäften, der Stellvertretung einen besonderen Titel „Stellvertretung, Vollmacht" gewidmet. Die dort Gesetz gewordene Stellvertretungslehre setzte sich in der Wissenschaft durch, und bis heute scheint es fast, als ob sie die einzig mögliche und brauchbare Lehre von der Stellvertretung wäre. Auf ihren dogmatischen Grundlagen beruhen die Vorschriften der §§ 78 ff. ZPO. über „Prozeßbevollmächtigte und Beistände" und der §§ 137 ff. StPO. über „Verteidigung".

Für das Gebiet des Verwaltungsrechts gilt auch heute noch die Feststellung Schultzensteins, daß sich weder die Lehrbücher noch andere Bearbeitungen des Verwaltungsrechts näher mit der Stellvertretung beschäftigten.[8] Lediglich im Steuerrecht befaßte man sich im Anschluß an die Vorschriften der RAO. über Vertretung und Vollmacht (§§ 102 ff.) eingehender mit der Lehre von der Stellvertretung.[9] Die Bestimmungen der RAO. gehen aus von den Vorschriften des BGB., auf die in § 102, Abs. 2 RAO. ausdrücklich verwiesen ist, und haben den Zweck, die rein auf die Abgrenzung privater Rechtsbereiche abgestimmten bürgerlich-rechtlichen Vorschriften den besonderen Bedürfnissen des Steuerrechts, insbesondere seiner Durchsetzungstendenz, anzupassen. Die bestehenden Bearbeitungen der steuerrechtlichen Stellvertretungslehre konnten sich bei diesem Aufbau des Gesetzes nicht von den Begriffen und Grundsätzen des BGB. trennen.

Der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg hat in Art. 52 a. F. die §§ 164 bis 167, 170 bis 173 und 175 BGB., „weil allgemeine Rechtsgrundsätze enthaltend", für im Verwaltungsrecht entsprechend anwendbar erklärt;[10] er weicht nur geringfügig in der Frage des Erlöschens der Vollmacht (Art. 53 a. F.) und des Interessenwiderstreites (Art. 57 a. F.) von den Vorschriften des BGB. ab.

Da durch den mit der nationalsozialistischen Revolution begonnenen Wandel im deutschen Rechtsdenken der Dualismus zwischen den beiden großen Rechtsgebieten des privaten und öffentlichen Rechts als eine aus dem römischen Recht stammende Einteilung überwunden werden soll, könnte es naheliegend erscheinen, Stellvertretungslehre — und Begriff des BGB., die doch scheinbar schon so weitgehend in das Verwaltungsrecht eingedrungen sind, beim Neubau des deutschen Rechts in ihren Grundzügen als die Stellvertretungslehre schlechthin zu übernehmen in ein kommendes deutsches Verwaltungsrecht.

---

[8] Schultzenstein: polizeiwidriges Handeln und Vertretung, S. 5.

[9] Vgl. bes.: Deitmaring, Das Recht der Vertretung und Haftung nach der RAO.; Geyler, Beiträge zur steuerrechtl. Stellvertretungslehre; Becker, Steuerrecht und Privatrecht; Blau-Oestering, Steuerrecht und BGB., S. 86 ff.

[10] Vgl. Begr. EWVRO., S. 191.

Zur Klärung dieser Frage soll mit der vorliegenden Arbeit ein Beitrag geleistet werden. Zu diesem Zweck soll zunächst der Stellvertretungsbegriff des BGB. dargestellt und mit dem der gewerblichen Stellvertretung verglichen werden, sodann sollen die durch den vorwiegend polizeilichen Charakter des Gewerberechts bestimmten Voraussetzungen und Wirkungen der gewerblichen Stellvertretung untersucht werden.

I. Teil: Der Begriff der Stellvertretung.

§ 1: Der Begriff der Stellvertretung im bürgerlichen Recht.

I. Grundsatz der Willensvertretung.

Nach § 164 BGB. ist Stellvertreter nur derjenige, der eine Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgibt oder empfängt. Es gilt der Grundsatz der Willensvertretung. Der Vertreter muß seinen eigenen Willen betätigen; und das Ergebnis seines Entschlusses muß eine Willenserklärung sein. Durch diese beiden Merkmale unterscheidet sich nach der Begriffsabgrenzung des BGB. der Stellvertreter einerseits vom Boten, und andererseits vom Gehilfen: Der Bote gibt seine Erklärung nicht als eigene, sondern als fremde, als Erklärung des Absenders ab, die er nur übermittelt; der Gehilfe wird für den andern nicht durch Abgabe oder Empfang einer Willenserklärung, sondern durch Vornahme einer Rechtshandlung, welche in einer geschäftsähnlichen Handlung oder in einem rein tatsächlichen Vorgang bestehen kann, tätig.

Die Entwicklung des bürgerlichen Rechts hat gezeigt, daß sich die mannigfaltigen Zwischenstufen der Vertretungsverhältnisse des täglichen Lebens nicht in diese künstlichen theoretischen Unterscheidungen, die in der Wirklichkeit keine Grundlage haben, in diesen „technischen Begriff von Vertretungen“[11] zwingen lassen. Rechtsprechung und Lehre mußten anerkennen, daß — über den eindeutigen Wortlaut des BGB. hinaus — die Vorschriften über Stellvertretung entsprechend anzuwenden sind auf „geschäftsähnliche Willensäußerungen und -mitteilungen“.[12] Man versteht darunter in der bürgerlich-rechtlichen Lehre Aeußerungen eines Willens oder einer Vorstellung, die Rechtswirkungen kraft Gesetzes herbeiführen, obwohl sie einen dementsprechenden Willen nicht zum Inhalt haben, also keine Willenserklärungen sind. So

[11] Rümelin: Geschichte der Stellvertretung S. 1.

[12] Vgl. Ennecc.-Nipperdey, S. 415, 649.

werden die Stellvertretungs-Grundsätze angewandt, z. B. auf die Mahnung, die Mängelanzeige und die Wohnsitzbegründung und -aufgabe.[13] Darüber hinaus mußte das BGB. selbst bei einem rein tatsächlichen Vorgang eine Ausnahme von dem Grundsatz der Willensvertretung zulassen: Den unmittelbaren Besitz kann jemand — wir nennen ihn den Vertretenen — nach § 855 BGB. dadurch erwerben, daß ein anderer, der Besitzdiener — wir nennen ihn Vertreter — die tatsächliche Gewalt erlangt. Dasselbe gilt für den Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB. Hier handelt es sich um Fälle der Stellvertretung bei der Vornahme von rein tatsächlichen Handlungen, nämlich der Ergreifung und Ausübung des Besitzes.

II. Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung.

Ein weiteres kennzeichnendes Merkmal des bürgerlich-rechtlichen Stellvertretungsbegriffs ist die Unterscheidung zwischen unmittelbarer (direkter) und mittelbarer (indirekter) Stellvertretung. Unmittelbare Stellvertretung liegt dann vor, wenn der Vertreter ausdrücklich oder in einer nach den Umständen erkennbaren Weise „im Namen des Vertretenen" gehandelt hat (§ 164 BGB.). Um mittelbare Stellvertretung handelt es sich, wenn jemand ein Geschäft zwar für einen andern, d. h. für dessen Rechnung und Interesse abschließt, aber nicht in dessen Namen. Ueber die letztere Form der Stellvertretung enthält das BGB. keine Bestimmungen. Daraus folgert die herrschende Lehre — für das BGB. zu Recht —, daß der mittelbare Vertreter „durch die Geschäfte, die er mit einem Dritten abschließt, lediglich selbst berechtigt und verpflichtet wird, und daß sein Verhältnis zu dem, in dessen Interesse er die Geschäfte schließt, sich nur nach dem Rechtsverhältnis, z. B. dem Auftrags- oder Dienstverhältnis bestimmt, das zwischen ihnen besteht.[14] Dasselbe gilt für den Fall, daß der Vertreter zwar die Absicht hatte, das Geschäft im Namen eines andern abzuschließen, dieser Wille aber nicht erkennbar hervorgetreten ist, § 164 Abs. 2 BGB.; auch hier treten die Wirkungen des Rechtsgeschäfts zunächst nur in der Person des Vertreters ein.

Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung wurde von Schloßmann einer eingehenden Kritik unterzogen.[15] Seine Einwendungen gehen dahin:

1. Die Unterscheidung beruhe auf dem Willensdogma, d. h. „auf der Anschauung, daß lediglich der Parteiwille die Bestimmung darüber treffe und treffen könne, ob die Wirkungen des Ver-

[13] Vgl. Ennecc.-Nipperdey, S. 649.
[14] Ennecc.-Nipperdey, S. 549.
[15] Lehre von der Stellvertretung, S. 81 ff.

tretergeschäfts unmittelbar den Vertretenen, oder zunächst nur den Vertreter treffen sollen".[16] Sei es aber schon unbegreiflich, wie mein eigener Wille mich zu verpflichten im Stande sein soll, so könne man umsoweniger verstehen, wie mein Wille die Macht haben solle, die Haftung aus dem Geschäft auf einen andern zu lenken. Der Eintritt unmittelbarer Wirkungen lasse sich auch nicht erklären durch die Theorie von der Dreiseitigkeit des Vertretergeschäfts, denn diese sei unzutreffend, da der Aussteller einer Generalvollmacht durchaus nicht immer alle Geschäfte wolle, die der Bevollmächtigte abschließt, diese auch im einzelnen meist im voraus gar nicht kenne, und da in den Fällen der gesetzlichen Vertretung ein rechtlich erheblicher Wille des Vertretenen gar nicht vorhanden sei.

2. Es sei unmöglich, die Unterscheidung danach zu treffen, ob die Willenserklärung „im Namen des Vertretenen" abgegeben werde oder nicht. Denn das BGB. selbst verurteile dieses Merkmal zur Inhaltslosigkeit dadurch, daß es in § 164, Abs. 1, Satz 2 hinzufüge: „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll".

3. Es gebe in Gesetz und Rechtsprechung Fälle genug, in denen dem Dritten die Umstände, aus denen sich das Handeln des Vertreters in fremdem Namen ergeben soll, nicht bekannt seien, und dennoch unmittelbare Wirkungen zwischen dem Dritten und dem Vertretenen eintreten.

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die Stichhaltigkeit der Einwendungen Schloßmanns gegen die bürgerlichrechtliche Stellvertretungslehre nachzuprüfen. Für das Gebiet des Gewerberechts werden wir uns aber mit ihnen noch zu befassen haben (siehe unten § 2).

III. Die Vertretungmacht, insbesondere die Vollmacht.

Eine unmittelbare Wirkung der Willenserklärung für und gegen den Vertretenen tritt nur ein, wenn der Vertreter „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht" gehandelt hat. Die Vertretungsmacht kann beruhen entweder auf gesetzlicher Vorschrift (z. B. beim Inhaber der elterlichen Gewalt, § 1630, Vormund, § 1793, der Ehefrau bezüglich der Schlüsselgewalt, § 1357, dem Vorstand einer juristischen Person, §§ 26, 30, 86 BGB.) oder auf Rechtsgeschäft (Vollmacht). Demgemäß spricht man von notwendiger (gesetzlicher) und freiwilliger (gewillkürter) Stellvertretung.

[16] Schloßmann, aaO., S. 95/96.

Bei der Vollmacht unterscheidet die bürgerlich-rechtliche Stellvertretungslehre streng zwischen dem der Vollmachtserteilung in der Regel zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis und der Vollmachtserteilung selbst. Das erstere betrifft nur das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem; von ihm ist die Vollmachtserteilung als ein selbständiges Rechtsgeschäft grundsätzlich unabhängig. Die Bevollmächtigung ist ein abstraktes Geschäft und die Vollmacht ist in Gültigkeit und Bestand unabhängig von dem Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Die Vollmachterteilung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Schloßmann lehnt auch den Begriff der Vollmacht ab. Er versucht nachzuweisen, daß dieser auf einer Tautologie beruht, insofern als es genau dasselbe bedeute, ob wir sagen: ein Geschäft des A ist für NN verbindlich, weil A Vollmacht zu seinem Abschluß hatte, oder: das Geschäft des A ist für NN verbindlich, weil in Bezug auf ihn gewisse Tatsachen bestehen, die nach dem geltenden Rechte das von einer Person geschlossene Geschäft für gewisse andere Personen verbindlich machen. Mit diesen Tatsachen meint er die Rechtsbeziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem, insbesondere die wirtschaftliche Stellung des Vertreters zum Vertretenen, „die wirtschaftlichen Funktionen, die sie im Leben zu verrichten haben“;[17] denn „der Unterscheidung von Vollmacht und Auftrag (oder anderen Grundverhältnissen) steht in der Wirklichkeit und in dem Bewußtsein der Personen, deren Wille sie erzeugen soll, nichts Entsprechendes gegenüber“.[18]

In der Tat wird durch den Vollmachtsbegriff des bürgerlichen Rechts der natürliche Zusammenhang zwischen dem Grundgeschäft (Auftrag, Dienstvertrag usw.) und dem Eintritt unmittelbarer Wirkungen des Vertretergeschäfts aufgehoben, und es muß füglich bezweifelt werden, ob er mit diesem Inhalt zum Neubau des bürgerlichen Rechts verwendet werden kann.

§ 2: Der Begriff der Stellvertretung im Gewerberecht.

I. Die einschlägigen Vorschriften der Gewerbeordnung.

Die wichtigste Bestimmung zur Lehre von der Stellvertretung im Gewerberecht ist § 45, Abs. 1 GO.:

> „Die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetrieb können durch Stellvertreter ausgeübt werden; diese müssen jedoch den für das in Rede stehende Gewerbe, insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen.“

[17] Schloßmann, aaO., S. 355.
[18] Ebenda, S. 273.

Weitere für die Bestimmung des Begriffs der Stellvertretung wichtige Vorschriften enthält die Gewerbeordnung in § 46, wonach „nach dem Tode eines Gewerbetreibenden das Gewerbe für Rechnung der Witwe während des Witwenstandes, oder, wenn minderjährige Erben vorhanden sind, für deren Rechnung durch einen nach § 45 qualifizierten Stellvertreter betrieben werden" darf,[18a] und § 151, welcher die Uebertretung polizeilicher Vorschriften durch Personen, die der Gewerbetreibende zur Leitung des Betriebs oder eines Teils desselben oder zur Beaufsichtigung bestellt hatte, unter Strafe stellt.

II. Stellvertreter und gewerblicher Arbeiter.

Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen erkennen wir ohne weiteres den ersten wichtigen Unterschied zwischen dem gewerberechtlichen und dem bürgerlichrechtlichen Begriff der Stellvertretung: Während für das BGB. die Stellvertretung nur in der Abgabe und dem Empfang von *Willenserklärungen* bestehen kann, spricht die Gewerbeordnung von der *Ausübung der Befugnisse* zum stehenden Gewerbebetrieb (§ 45 GO.), vom Betreiben eines Gewerbes (§ 46 GO.), von der Uebertretung polizeilicher Vorschriften (§ 151 Abs. 2 GO.) durch Stellvertreter, Bezeichnungen, die nicht nur den Empfang und die Abgabe von Willenserklärungen umfassen, sondern alle rein tatsächlichen Handlungen und alle Rechtsgeschäfte einschließen, die ein Gewerbebetrieb mit sich bringt. Damit entfällt auch das — wie wir oben gesehen haben, ohnehin zweifelhafte — Unterscheidungsmerkmal der bürgerlichrechtlichen Willenslehre gegenüber dem Boten und dem Gehilfen. Dennoch können wir in Anbetracht der bedeutsamen Folgen, welche das Vorhandensein eines Stellvertretungsverhältnisses haben kann, eine Unterscheidung von diesen, ebenfalls für den Geschäftsherrn tätig werdenden Personen nicht entbehren. Der Unterschied liegt, wie schon Schloßmann[19] für das bürgerliche Recht nachzuweisen versucht hat, in der wirtschaftlichen und sozialen Stellung, die dem Betreffenden vom Gewerbetreibenden im Gewerbebetrieb eingeräumt ist: Der Stellvertreter handelt nicht *neben* oder *unter* dem selbständigen Gewerbetreibenden, sondern *an dessen Stelle*, d. h. selbständig; seine Tätigkeit ersetzt die des Gewerbetreibenden und schließt sie damit aus. Seine Selbständigkeit findet ihre Grenzen nur an solchen Verfügungen, „die in die Substanz des Gewerbebetriebs eingreifen".[20]

[18a] Dasselbe gilt nach § 46, Satz 2 „während der Dauer einer Kuratel oder Nachlaßregulierung".

[19] aaO., S. 318 und bes. S. 355.

[20] Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht, S. 43.

Dagegen unterstehen die anderen gewerblichen Hilfspersonen, die „gewerblichen Arbeiter", wie sie die Gewerbeordnung in der Ueberschrift zum VII. Titel nennt, mögen es nun Handarbeiter, Werkmeister, Ingenieure oder Buchhalter sein, jederzeit und hinsichtlich jeder einzelnen Handlung der Leitung und Aufsicht des selbständigen Gewerbetreibenden oder dessen dazu bestellter Organe.

Die Selbständigkeit des Stellvertreters äußert sich aber nicht nur in seiner Aufsichts- und Leistungsbefugnis innerhalb des Gewerbebetriebs, sondern sie erstreckt sich auch auf die Befugnis, nach außen hin Geschäftshandlungen privater und öffentlich-rechtlicher Art mit Wirksamkeit für und gegen den Gewerbetreibenden vorzunehmen. Dadurch unterscheidet sich der Stellvertreter von Werkmeistern, Betriebsbeamten, Technikern und dergl., die in der Regel eine Vertretungsbefugnis nur innerhalb des Betriebs hinsichtlich der Leitung und Beaufsichtigung von Erzeugung und Verwaltung, aber keine solche nach außen hin haben. Die Letzteren zählt die Novelle von 1891 durch die Fassung des § 133a GO., bewußt im Gegensatz zu den leitenden Betriebsbeamten mit Vertretungsbefugnis, zu den „gewerblichen Arbeitern".[21]

Während nach bürgerlichem Recht schon derjenige Stellvertreter genannt wird, welcher nur ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft für einen andern vornimmt, ja vielleicht nur eine einzige Willenserklärung für ihn abgibt, übt der gewerbliche Stellvertreter „die Befugnisse zum Gewerbebetrieb" aus. Da sich aber Wirksamkeit und Rechtsfolgen der Stellvertretung im privatrechtlichen Rechtsverkehr nach bürgerlichem Rechte bestimmen, können unter den vom Stellvertreter ausgeübten „Befugnissen" i. S. des § 45 GO. nur die öffentlich-rechtlichen Befugnisse zur Errichtung und Fortführung eines Gewerbebetriebs verstanden werden. Demjenigen, der diese öffentlichrechtlichen Befugnisse tatsächlich ausübt, legten die Gewerbeordnung und die zu ihrer Ergänzung ergangenen Gesetze und Verordnungen auch die öffentlichrechtlichen Pflichten, insbesondere polizeilicher Art, auf, die diesen Befugnissen entsprechen. Diese öffentlich-rechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen können aber nach heutiger Auffassung im einzelnen nicht beliebig abgetreten oder „Stellvertretern" zur Ausübung und Erfüllung übertragen werden, sie bilden vielmehr ein untrennbares Ganzes: „Die Rechtsstellung des Gewerbetreibenden in der Gemeinschaft".[22] Und nur derjenige kann im Sinne des Gewerberechts als Stellvertreter betrachtet werden, der die gesamten Befugnisse aus der Errichtung und Fortführung eines Gewerbebetriebs so selbständig ausübt, daß er auch für die Erfüllung der diesen Befugnissen entsprechenden öffentlich-

[21] Vgl. Landmann-Rohmer, Vorbem. zu Tit. VII, Anm. 6a.

[22] Thür. OVG. Urt. v. 4. 3. 1936, RVerwBl. 1936, S. 316 ff.

rechtlichen Verpflichtungen verantwortlich gemacht werden kann. Dies kann jedoch nur dann der Fall sein, wenn er entweder den ganzen Betrieb oder einen organisatorisch selbständigen Teil desselben selbständig und unter eigener Verantwortung leitet. Der Gedanke der Zusammenfassung von Pflicht und Recht in einer Person hat einen treffenden Ausdruck gefunden in § 30, 1. HandwVO., wo über die Ausübung des Stimmrechts in der Innungsversammlung bestimmt ist:

> „Die nach § 25 Berechtigten können, sofern es sich um einen der Innung angehörenden Nebenbetrieb i. S. des § 104 o der Gewerbeordnung handelt, ihr Wahl- und Stimmrecht auf ihre Betriebsleiter übertragen, falls diese die Pflichten übernehmen, die ihren Vollmachtgebern gegenüber der Innung obliegen."

Ferner in § 31, der die Uebertragung des Stimmrechts in anderen Ausnahmefällen ebenfalls von der Voraussetzung abhängig macht, daß der Vertreter die dem Vollmachtgeber gegenüber der Innung obliegenden Pflichten mitübernimmt.

Wir wollen daher festhalten, daß im Gegensatz zum Betriebsbeamten oder zu sonstigen Aufsichtspersonen der Stellvertreter „an Stelle des Betriebsinhabers das Gewerbe in seiner Gesamtheit oder wenigstens in der Gesamtheit eines Teils desselben selbständig ausüben" muß,[23] daß ferner der gewerbliche Stellvertreter im Gegensatz zum privatrechtlichen Stellvertreter „nicht nur einzelne, ihm hin und wieder übertragene, sondern alle Rechtsgeschäfte für den Betriebsinhaber vorzunehmen befugt ist, einschließlich der öffentlich-rechtlichen, dem Inhaber zustehenden oder obliegenden Befugnisse und Verpflichtungen.[24]

In der Regel wird nur eine Person Stellvertreter in diesem Sinne sein. Begrifflich läßt sich aber dagegen, daß die Stellvertretung in einem Gewerbebetrieb durch mehrere Personen erfolgt, nichts einwenden. Dies ist möglich entweder in der Weise, daß jeder organisatorisch selbständige Teil des Betriebs von einem Stellvertreter geleitet wird. Dann ist jeder der Stellvertreter für seinen Betriebsteil und nur für diesen gewerberechtlich verantwortlich.[25] Oder aber können mehrere Stellvertreter den Betrieb in der Weise leiten, daß sie nur gemeinsam handeln können; dann üben sie gemeinsam, gewissermaßen gesamthänderisch die Rechtsstellung des Gewerbetreibenden aus, sie bilden in ihrer Gesamtheit den Stellvertreter des Gewerbetreibenden. Dagegen ist es mit der Unteilbarkeit der Rechtsstellung des Gewerbetreibenden

[23] Michel, Gaststättengesetz S. 102; RG. in Goltd. Arch. 22, S. 413.

[24] Michel, Gaststättengesetz S. 102; PrOVG. in Goltd. Arch. 21, S. 326.

[25] Vgl. Kähler, Stellvertretung S. 14.

und des Stellvertreters nicht vereinbar, daß mehrere Stellvertreter für bestimmte abgegrenzte Aufgabenkreise im Betrieb bestellt werden. Solche „Abteilungsleiter", wie man sie zu nennen pflegt, sind nicht Stellvertreter im Sinne der Gewerbeordnung.

III. Stellvertreter und Pächter.

Nachdem wir nunmehr den Begriff des Stellvertreters gegen „die gewerblichen Arbeiter" abgegrenzt haben, müssen wir ihn noch unterscheiden vom Pächter. Daß es für diese Unterscheidung nicht auf das Vorhandensein eines bürgerlich-rechtlichen Pachtvertrags ankommen kann, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Der Unterschied wird gemeinhin darin gesehen, daß der Stellvertreter „für Rechnung und im Namen eines andern" handelt, während der Pächter auf eigene Rechnung und im eigenen Namen das Gewerbe ausübt.[26] Von diesen Unterscheidungsmerkmalen bedarf das erstere näherer Erläuterung, während das zweite unzutreffend ist. Die Frage, für wessen Rechnung ein Betrieb geführt wird, ist gleichbedeutend mit der Frage nach dem Inhaber des Betriebs, dem Unternehmer. Dieser Begriff läßt sich jedoch nicht eindeutig bestimmen; er hat verschiedene Bedeutungen, je nachdem, ob man ihn im volkswirtschaftlichen, betriebswirtschaftlichen, steuerrechtlichen oder gewerberechtlichen Sinne verstehen will. Jedenfalls aber — und damit können wir uns hier begnügen — unterscheidet sich der Unternehmer, sei er nun selbst Eigentümer der Betriebsmittel oder Pächter, von dem Stellvertreter dadurch, daß ihn Gewinn und Verlust des Gewerbebetriebs treffen, daß er das Unternehmerwagnis trägt.[27] Nicht maßgebend für die Unterscheidung ist also, ob der Betreffende ein gleichbleibendes Gehalt bezieht oder durch Gewinnanteile, Erfolgszulagen, Akkordsätze und dergl. am Gewinn des Unternehmens beteiligt ist,[28] und ob ihn die Beteiligten als Pächter, Geschäftsführer, Stellvertreter, Abteilungsleiter oder ähnlich (häufig Verschleierungsabsicht!) bezeichnen.

Bei dem zweiten landläufigen Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Pächter, der Stellvertreter handle „im Namen eines andern", stoßen wir auf die Frage, ob es auch im Gewerberecht die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung gibt. Wir haben gesehen, daß das bürgerliche Recht die Rechtswirkungen der Vertreterhandlungen nur dann unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten läßt, wenn der Ver-

[26] Vgl. Landmann-Rohmer, § 45 Anm. 2a; abweichend Schecher, Gewerbepolizeirecht S. 42 mit Note 9, für den das Merkmal der „Verwaltung für fremde Rechnung" nur hinsichtlich der rein privatrechtlichen, inneren Seite des Gewerbes von Bedeutung ist.

[27] Vgl. Beschl. d. LG. Stuttgart v. 6.11.36 in JW. 1937, S. 188; PrOVG. in Goltd. Arch. 21, S. 326 ff., 23, S. 544, 27, S. 192 ff.; RG. in Goltd. Arch. 28, S. 42; Landmann-Rohmer, § 45, Anm. 2a.

[28] PrOVG. in Goltd. Arch. 27, S. 182; RVerwBl. Bd. 51, S. 134.

treter ausdrücklich oder in einer nach den Umständen erkennbaren Weise „im Namen des Vertretenen" gehandelt hat (unmittelbare Stellvertretung), daß aber ein für Rechnung, jedoch nicht „im Namen" des Vertretenen abgeschlossenes Geschäft Wirkungen nur für und gegen den Vertreter äußern soll (mittelbare Stellvertretung). Ganz abgesehen von den dargestellten Einwendungen rechtsdogmatischer Art von Schloßmann gegen diese Unterscheidung, von den vielen notwendig gewordenen Durchbrechungen im bürgerlichen Recht selbst[29], und von der Inhaltslosigkeit, die ihr durch den Zusatz, das Handeln im Namen eines andern könne sich auch aus den Umständen ergeben, anhaftet, ist sie für das Gewerberecht gänzlich unbrauchbar. Es liegt im Wesen des Gewerberechts als eines Teils des öffentlichen Rechts, daß es nicht dem Belieben der Beteiligten überlassen sein kann, sich bald als Stellvertreter, bald als gewerblicher Arbeiter und bald als Pächter oder Inhaber des Betriebs auszugeben, lediglich dadurch, daß sie bald den Namen eines andern gebrauchen oder dementsprechende Umstände herstellen, bald im eigenen Namen auftreten. Dadurch wäre der Umgehung gesetzlicher und polizeilicher Vorschriften Tür und Tor geöffnet. Wo es sich darum handelt, wer die einzelnen öffentlichrechtlichen Befugnisse des Gewerberechts ausüben darf und wer die ihnen entsprechenden öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat, kann nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung für die Willkür der Beteiligten kein Raum mehr sein, berechtigt und verpflichtet kann vielmehr nur d e r sein, der nach den dargestellten objektiven Gesichtspunkten die gesamte Rechtsstellung des Gewerbetreibenden tatsächlich einnimmt. Eine Bestätigung dieser Auffassung finden wir in Art. 2, der 1. DVO. zum ApothVerpG., welcher eine Apotheke auch dann dem Verpachtungszwang unterwirft, wenn der Inhaber nach außen hin den Anschein erweckt, als ob er die Apotheke selbst führe, während in Wirklichkeit die Leitung in andern Händen liegt.[30]

Wir setzen uns durch die Ablehnung des Merkmals des „Handelns in fremdem Namen" in Gegensatz zu allen andern bestehenden Begriffsbestimmungen der gewerblichen Stellvertretung[31], insbesondere auch zu der bisher maßgebenden und herrschenden Begriffsbestimmung, welche in der Begründung zum Entwurf des Gaststättengesetzes[32] enthalten ist:

[29] Erinnert sei nur an das sog. „antezipierte Besitzkonstitut", vgl. Ennecc.-Nipperdey, S. 550, an die Rechte des Kommittenten nach § 392, Abs. 2 HGB. und an die Geltendmachung des Drittinteresses.

[30] Vgl. Einführung bei Pfundtner-Neubert.

[31] Vgl. Landmann-Rohmer, § 45 Anm. 2 a; Schecher, Gewerbepolizeirecht, S. 42; Winter, Der gewerbliche Stellvertreter, S. 100; Michel, Gaststättenges., S. 102; Kähler, S. 15; Schicker, S. 240.

[32] RTBerh., S. 13.

„Unter Stellvertreter ist eine Person zu verstehen, welche auf Grund vertraglicher oder gesetzlicher Vollmacht den Betrieb im Namen und für Rechnung des Inhabers, im übrigen aber unter eigener Verantwortung selbständig führt, und die sich einerseits von dem Gehilfen oder Geschäftsführer, der das Gewerbe oder einzelne Zweige desselben unter Aufsicht und Leitung des Inhabers verwaltet, anderseits von dem Pächter der Gewerbseinrichtung unterscheidet, der das Gewerbe auf eigene Rechnung und im eigenen Namen ausübt."

Angesichts der Vieldeutigkeit dieses Merkmals[33] und seiner dadurch hervorgerufenen Inhaltslosigkeit, sowie angesichts der Regelmäßigkeit, mit der es uns in allen bürgerlichrechtlichen und gewerberechtlichen Begriffsbestimmungen des Stellvertreters ohne nähere Untersuchung und Begründung begegnet, können wir uns des Eindrucks nicht erwehren, daß es, einmal in den § 164 BGB. aufgenommen, einfach als „eiserner Bestand" in allen weiteren Begriffsbestimmungen ohne kritische Betrachtung am Stellvertreter haften blieb. Man hielt dieses Merkmal für so selbstverständlich, daß man gar nicht mehr fragte, was eigentlich von dem Handeln „im Namen eines andern" noch übrig bleibt, wenn z. B. der Name des Vertretenen nicht genannt zu werden braucht, eine „stillschweigende Erklärung des Vertreterwillens" meist anzunehmen ist bei Dienstleuten, Angestellten und Beamten bezüglich der Geschäfte, die ersichtlich nicht ihren persönlichen Bedürfnissen dienen, wenn das von dem Vertreter eines Gewerbetreibenden geschlossene Geschäft für den Vertretenen gültig ist, obwohl der Vertreter irrtümlich für den Gewerbetreibenden selbst gehalten wurde, oder wenn sogar die Person des Vertretenen dem Dritten gar nicht bekannt zu sein braucht und dennoch unmittelbare Wirkung für den Vertretenen eintritt.[34] Wir können uns aber für unsere Ablehnung des Merkmals des „Handelns in fremdem Namen" noch auf einen wichtigen Zeugen aus dem öffentlichen Recht, nämlich auf das Steuerrecht berufen: Nach § 103 RAO. hat, wer als Bevollmächtigter oder Verfügungsberechtigter auftritt, die Pflichten eines gesetzlichen Vertreters, d. h. er hat alle Pflichten zu erfüllen, die dem Steuerpflichtigen selbst obliegen. Wie Becker[35] aus dieser Formulierung schließt, sollte durch die Gleichstellung des Bevollmächtigten mit dem Verfügungsberechtigten zum Ausdruck gebracht werden, „daß die im bürgerlichen Recht erfolgte Regelung der Stellvertretung durch grundsätzliches Betonen der direkten und Außerachtlassen der mittelbaren Stellvertretung für das Steuerrecht nicht ausreicht". So genügt es nach einem Urteil des Reichsfinanzhofs[36] für die Haftung des Vertreters und die unmittelbare

[33] Ueber die verschiedenen möglichen Bedeutungen, vgl. Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung, S. 123 ff.

[34] Die angeführten Beispiele aus Enneccerus-Nipperdey, S. 546 können heute als unbestritten gelten.

[35] § 89 a. F., Anm. 3.

[36] RFH. in „Steuer und Wirtschaft" 1922, I Nr. 881.

Wirksamkeit eines nach §§ 89, 84 a. F. RAO. an ihn ergangenen Bescheids gegen den Vertretenen, daß der Auftraggeber den Vertreter tatsächlich in die Lage versetzte, über Vermögensstücke des Auftraggebers rechtlich zu verfügen. Auch für das Gewerbesteuergesetz wird bei Pfundtner-Neubert[37] bei der Begriffsbestimmung des selbständigen Gewerbebetriebs das Merkmal des „Handelns unter eigenem Namen" ausdrücklich aufgegeben: „der die Tätigkeit Ausübende muß das Unternehmen auf eigene Rechnung und Gefahr, nicht notwendig unter eigenem Namen betreiben".[38]

Daß gegebenenfalls über den ausdrücklichen Willen der Beteiligten hinweg die Reichsabgabenordnung außer dem im bürgerlichrechtlichen Sinne Bevollmächtigten auch den tatsächlich Verfügungsberechtigten für verpflichtet erklärt, widerspricht zwar der zu ihrer Entstehungszeit herrschenden liberalistischen Rechtsauffassung, läßt sich aber als Ausfluß der in ihr im fiskalischen Interesse stark ausgeprägten Durchsetzungstendenz erklären, welche auch bei anderen Rechtsgebilden zu Ergebnissen geführt hat, die geradezu als Vorläufer mancher im Zuge der nationalsozialistischen Rechtserneuerung eingetretener Wandlungen zu betrachten sind. Heute kommen wir, allerdings nicht mehr aus fiskalischen Gesichtspunkten, sondern auf Grund der veränderten Auffassung über die Aufgaben des staatlichen Behördenapparates als Vollstrecker des Führerwillens und über die Rechtsstellung des Volksgenossen, die „Pflicht und Befugnis in untrennbarer Einheit umfaßt"[39], zu dem Ergebnis, daß es für das öffentliche Recht, d. h. in erster Linie für die Behörden, darauf ankommt, welche tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten der Betreffende in dem Gewerbebetrieb in Wirklichkeit ausübt und nicht darauf, ob er im eigenen Namen oder im Namen eines andern zu handeln beliebt.

IV. Freiwillige und notwendige Stellvertretung im Gewerberecht.

Auch im Gewerberecht kann die Macht des Stellvertreters, durch sein Handeln einen andern zu berechtigen und zu verpflichten auf dem Willen der Beteiligten, der Satzung einer juristischen Person oder auf gesetzlicher Vorschrift beruhen.

1. Die freiwillige Stellvertretung.

Die auf dem Willen der Beteiligten, auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht nennt das BGB. „Vollmacht", § 166, Abs. 2 BGB. Die Vollmachterteilung ist — wie wir oben ge-

[37] Vgl. GewStG., § 2 Anm. 7.
[38] Ebenso EinkStG., § 15 Anm. 1 bei Pfundtner-Neubert.
[39] Larenz, „Gemeinschaft und Rechtsstellung" S. 32.

sehen haben — nach bürgerlichem Recht ein abstraktes, d. h. gegenüber dem Grundverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem selbständiges Rechtsgeschäft, und die Vollmacht selbst ist in Entstehung und Bestand von dem Grundverhältnis unabhängig. Auch die wiedergegebene Begriffsbestimmung des amtlichen Entwurfs zum Gaststättengesetz spricht von „vertraglicher oder gesetzlicher Vollmacht", die der Stellvertreter haben müsse. Wir erkennen jedoch schon daran, daß hier von „gesetzlicher Vollmacht" die Rede ist, daß der Ausdruck „Vollmacht" hier nicht in dem juristisch-technischen Sinne des BGB. gebraucht ist, denn dies wäre nach der Terminologie des BGB. ein Widerspruch in sich selbst, da nach BGB. mit „Vollmacht" nur die auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht bezeichnet wird. Daß dem Gewerberecht der abstrakte Vollmachtbegriff des BGB. fremd ist, dürfen wir auch daraus schließen, daß z. B. der Entstehung der Gewerbeordnung jenes „eigenartige Rechtsinstitut"[40] noch gar nicht in seiner abstrakten Natur, die ihm erst das BGB. verliehen hat, bestanden hat.[41] Sie geht weder auf das deutsche, noch auf das römische Recht zurück: im deutschen Recht „war ursprünglich die Erteilung einer Vollmacht entweder Bestellung eines Muntherrn oder Uebertragung eines Dienstamtes[42], d. h. die Herstellung des Grundverhältnisses war gleichbedeutend mit der Verleihung der Vertretungsmacht nach außen; daß das römische Recht einen der Vollmacht des BGB. entsprechenden Begriff nicht kannte, wird von Schloßmann nachgewiesen.[43] Schließlich unterscheidet auch ein großer Teil des geltenden ausländischen Rechts nicht zwischen Grundverhältnis und Bevollmächtigung: so faßt das österr. ABGB. in § 1002 Auftrag und Vollmacht zum „Bevollmächtigungsvertrag" zusammen, nach französischem Recht (Code civil Art. 1984) bilden Auftrag und Vollmacht zusammen das „mandat", und auch die englische „agency" umfaßt beide Begriffe.[44] Begründet wurde die Lehre von der abstrakten Natur der Vollmacht erst durch Labands Abhandlung „die Stellvertretung nach dem Handelsgesetzbuche".[45]

Für das Gewerberecht als Teil des öffentlichen Rechts kann aber die Lehre von der abstrakten Natur der Vollmacht erst recht deshalb nicht gelten, weil es hier nicht auf den Rechtsschein ankommen kann, den die Beteiligten ihren Rechtsverhältnissen verleihen, sondern auf das S e i n. Zutreffend führt Schultzenstein für

[40] Motive z. Entw. d. BGB. I, S. 228.

[41] Vgl. Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung I, S. 230.

[42] Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 297 Anm. 61.

[43] Vgl. Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung, I, S. 249.

[44] Vgl. Würdinger, Stellvertretung in England, S. 264.

[45] Vgl. Schloßmann, aaO., S. 262.

das Polizeirecht aus, eine ausdrückliche Erklärung des Vertretungsverhältnisses, die der betreffenden Polizeibehörde als dem „Gegner" gegenüber abzugeben wäre, wird selten erfolgen, und sie verlangen hieße, die Wirkung der Vertretung für das Polizeirecht im wesentlichen beseitigen.[46] Dies gilt nicht nur für das Polizeirecht, sondern für die Stellvertretung gegenüber Behörden überhaupt. Die Wirksamkeit einer von dem Betriebsleiter vorgenommenen Handlung, bzw. seine Haftung dafür, oder einer von ihm einer Behörde gegenüber abgegebenen Willenserklärung kann auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob zwischen ihm und dem Inhaber des Betriebs ein in Wirklichkeit fast nie vorkommendes besonderes Bevollmächtigungsgeschäft abgeschlossen wurde, sondern die Behörde muß sich darauf verlassen können, daß derjenige, der nach objektiven Gesichtspunkten die Rechtsstellung des Gewerbetreibenden für den gesamten Betrieb oder einen in sich selbständigen Teil davon einnimmt, auch die öffentlichrechtliche Verantwortung trägt und ihr gegenüber vertretungsberechtigt ist. So sind auch in der RAO. die Begriffe Bevollmächtigter und Verfügungsberechtigter „im Sinne des Verkehrs" zu nehmen, und das Vollmachtverhältnis des § 89 RAO. a. F. setzt nicht ein nach bürgerlichem Recht gültig zu Stande gekommenes Vollmachtverhältnis voraus.[47]

2. Die gesetzlichen Vertreter.

Eines „gesetzlichen Vertreters" bedürfen nach BGB. insbesondere diejenigen, die nach §§ 104 bis 115 BGB. geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, also die vollgeschäftsunfähigen Personen unter 7 Jahren, die dauernd Geistesgestörten und die wegen Geisteskrankheit Entmündigten (§ 104 BGB.), ferner die beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen über 7 Jahren (§ 106 BGB.), die wegen Geistesschwäche, Verschwendungssucht oder Trunksucht entmündigten Volljährigen und die unter vorläufige Vormundschaft Gestellten (§ 114 BGB.). Der regelmäßige gesetzliche Vertreter des Kindes ist der Vater, in einigen Ausnahmefällen die Mutter. Gesetzlicher Vertreter des unehelichen und des verwaisten Kindes sowie des entmündigten Volljährigen (§ 6 BGB.) ist der Vormund. Unbeschränkt geschäftsfähig ist nach § 112 BGB. ein Minderjähriger für solche Rechtsgeschäfte, die das mit Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters betriebene Erwerbsgeschäft mit sich bringt.

[46] Schultzenstein, Polizeiwidriges Handeln und Vertretung, S. 53/54.

[47] Vgl. Becker RAO. § 89 Anm. 3; RFH. in Steuer und Wirtschaft, 1922 I Nr. 881.

Im öffentlichen Recht gibt es allgemeine gesetzliche Vorschriften darüber nicht, welche Voraussetzungen in der Person des Handelnden vorliegen müssen, damit seine Handlungen und Rechtsgeschäfte rechtswirksam sein können. Einzelne Gesetze enthalten für besondere Rechtsgebiete Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit; die wichtigsten, nämlich die ZPO. (§§ 51, 52) und die RAO. (§§ 102 ff.) schließen sich streng an die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an. Auch der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg hat im Anschluß an die Rechtsprechung in seinen Artikeln 21 bis 23 a. F. im wesentlichen den Inhalt der Vorschriften der §§ 104 bis 115 BGB. übernommen. So kann mit v. Köhler[48] festgestellt werden, daß sich bei natürlichen Personen im Verwaltungsrecht die Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts richtet, sofern nicht kraft gesetzlicher Einzelvorschriften und für das allgemeine Polizeirecht anderes gilt.

a) Aus dem in § 1 GO., ausgesprochenen Grundsatz der Gewerbefreiheit, der durch keine in der Gewerbeordnung enthaltene, sich auf die Geschäftsfähigkeit beziehende Bestimmung eingeschränkt wird, folgt, daß für die Zulassung zum selbständigen Betrieb eines Gewerbes Handlungs- oder Geschäftsfähigkeit in der Regel nicht erforderlich ist. Der Entwurf von 1869 enthielt folgenden § 10: „Ein Gewerbe darf für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortlichkeit (selbständig) nur derjenige betreiben, welcher dispositionsfähig ist". Diese Bestimmung wurde vom Reichstag gestrichen.[49] Daher ist eine Stellvertretung des nach bürgerlichem Recht geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Gewerbetreibenden durch seinen gesetzlichen Vertreter in gewerberechtlicher Hinsicht nicht notwendig, und wo der gesetzliche Vertreter das Gewerbe für Rechnung des Minderjährigen betreibt, ist er echter Stellvertreter im Sinn des Gewerberechts und muß ebenso wie dieser die in der Person des Stellvertreters erforderlichen Voraussetzungen erfüllen. Lediglich die Art seiner Bestellung ist eine andere als beim gewillkürten Stellvertreter: er kann sich kraft seiner bürgerlichrechtlichen Vertretungsmacht und kraft seines Vermögensverwaltungsrechts die Rechtstellung eines gewerblichen Stellvertreters regelmäßig selbst einräumen, ohne daß er der Zustimmung des minderjährigen Gewerbetreibenden bedarf; hat er allerdings den Minderjährigen nach § 112 BGB. zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt, so ist damit der Minderjährige in dieser Hinsicht für volljährig erklärt[50]; der gesetzliche Vertreter kann dann

[48] Grundlehren S. 206.

[49] Vgl. Landmann-Rohmer § 11 Anm. 1.

[50] Vgl. RGR. Komm. § 112 Anm. 1.

nicht mehr ohne Zustimmung des Gewerbetreibenden selbst sich die Stellung eines Stellvertreters im Gewerbebetrieb einräumen.

b) Daß auch nicht-rechtsfähigen Vereinen und sonstigen Personenvereinigungen ohne Rechtsfähigkeit, sowie juristischen Personen der Betrieb eines Gewerbes gestattet ist, ergibt sich unmittelbar aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit und bedarf keiner Begründung. Auf die Ausnahmen, welche infolge des Vorbehalts des Landesrechts in § 12 GO. für die juristischen Personen des Auslandes bestehen, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Bei den Personenvereinigungen ohne Rechtsfähigkeit, also insbesondere dem nichtrechtsfähigen Verein, der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und den Gemeinschaften (z. B. Erbengemeinschaft) sind als Inhaber eines von einer solchen Vereinigung betriebenen Gewerbebetriebs alle Mitglieder bzw. Gesellschafter oder Teilhaber zu betrachten; jeder von ihnen ist selbständiger Gewerbetreibender im Sinne der Gewerbeordnung und unterliegt den gewerbepolizeilichen Verpflichtungen eines solchen.[51] Haben sie einem von ihnen die alleinige Geschäftsführungsbefugnis übertragen, so ist dieser neben seiner Eigenschaft als Gewerbetreibender zugleich Stellvertreter für die andern.

Dagegen sind die juristischen Personen, also insbesondere der rechtsfähige Verein, die Aktiengesellschaft, die Kommandit-A. G., die Gesellschaft mit beschr. Haftung, die eingetragene Genossenschaft, Stiftung, Anstalt und die Körperschaften des öffentlichen Rechts selbst Gewerbetreibende; ihnen stehen die Befugnisse zum Gewerbebetrieb zu, sie sind den Verpflichtungen aus dem Gewerbebetrieb unterworfen. Sie sind aber als gedachte Gebilde nicht selbst handlungsfähig, sondern verwalten — wie im Privatrecht — auch ihre öffentlichen Rechte und Pflichten durch ihre Organe. Nach § 26 BGB. hat der Vorstand eines Vereins die Stellung eines gesetzlichen Vertreters und im Anschluß hieran bezeichnet man diejenigen Personen, die befugt sind, rechtswirksam für eine juristische Person zu handeln, kurzerhand als „die vertretungsberechtigten Personen“[52] oder auch „die gesetzlichen Vertreter“.[53] Sind nun diese Personen „Stellvertreter“ im Sinne des Gewerberechts?

Winter[54] verneint die Frage, m. E. zu Unrecht: Würde man — so führt Winter aus — den gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person als gewerblichen Stellvertreter ansehen, so müßte man

[51] Ebenso Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht, S. 40.
[52] § 2 Abs. 2 GastStG.
[53] § 3 ADG.
[54] Der gewerbliche Stellvertreter S. 96.

unter Berücksichtigung des § 151 GO. dahin kommen, den Gewerbetreibenden verantwortlich zu machen für Handlungen eines Stellvertreters, ja ihm die Konzession zu entziehen wegen Nichtentlassung eines Stellvertreters, zu dessen Entlassung er überhaupt nicht die Macht besitze. Winter ist der Ansicht, daß die Gewerbeordnung nur gewillkürte Stellvertreter kenne. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden: Eine Bestrafung des Gewerbetreibenden selbst, insbesondere die Entziehung der Konzession erfolgt nach § 151 GO. nur, wenn ihn selbst ein bestimmt umschriebenes Verschulden trifft. Die juristische Person kann aber als solche weder handeln noch schuldhaft handeln. Wessen Vorwissen soll nun z.B. in Betracht kommen, wenn der vertretungsberechtigte Direktor einer Aktiengesellschaft Arbeiter widerrechtlich zum Arbeiten an einem Festtag verpflichtet (§ 105a GO.)? Hier kann es nicht auf das Wissen der Aktionäre oder des Aufsichtsrats ankommen, sondern rechtserheblich kann allein das Wissen, d.h. das Verschulden des Vorstandes sein, der die juristische Person nach außen verkörpert. Hat also der Vorstand, oder allgemein die vertretungsberechtigte Person selbst eine gewerbepolizeiliche Uebertretung begangen, so entfällt die Anwendbarkeit des § 151, Abs. 1, Satz 2 und Abs. 2 GO. Strafbar ist dann allein der gesetzliche Vertreter, nicht neben ihm noch die juristische Person selbst. Die Konzessionsentziehung kann in diesem Falle nicht auf dem Wege über § 151, Abs. 2, sondern nur u.U. nach der die Konzessionsentziehung androhenden Vorschrift unmittelbar erfolgen. Anders liegt der Fall, wenn nicht das Organ die Uebertretung begangen hat, sondern eine andere Person, „welche der Gewerbetreibende zur Leitung des Betriebs oder eines Teils desselben, oder zur Beaufsichtigung bestellt hatte“ (§ 151, Abs. 1, Satz 1). Wenn hier ein Verschulden des Organs vorliegt, so findet § 151 GO. in der Weise Anwendung, daß das Organ als „Gewerbetreibender“ im Sinne des § 151 betrachtet und bestraft wird, weil bei der Anwendung des § 151 die Stellvertreter allgemein den Gewerbetreibenden gleichzustellen sind.[55]

Wir sehen also, daß, wenn man die Organe der juristischen Personen als echte Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts behandelt, sich keineswegs aus § 151 GO. eine ungerechte Benachteiligung der juristischen Personen ergibt. Eine Bestätigung unserer Auffassung, daß die juristische Person selbst Träger der gewerberechtlichen Befugnisse und Pflichten sei, und daß ihre gesetzlichen Vertreter Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts seien, finden wir im Gaststättengesetz: Dort ist in § 1 bestimmt, daß juristische Personen sogar Träger des erlaubnispflichtigen

[55] Vgl. unten § 8 II und Landmann-Rohmer § 151 Anm. 2a, 3.

Gaststättengewerbes sein können.[56] Die Bestimmung des § 6, Abs. 4 GaststG., wonach juristische Personen einer besonderen Stellvertretungserlaubnis, wie sie das Gaststättengesetz sonst für Stellvertreter vorschreibt, nicht bedürfen, wenn sie den Betrieb durch die gesetzlichen Vertreter führen, welche den Antrag auf Erteilung der Betriebserlaubnis gestellt haben, spricht allerdings bei oberflächlicher Betrachtung wieder gegen eine Stellvertreter-Eigenschaft der gesetzlichen Vertreter. Aber das Gesetz geht hier davon aus, daß bei der Erteilung der Erlaubnis an eine juristische Person ohne weiteres gleichzeitig die Zuverlässigkeit der gesetzlichen Vertreter, die den Antrag gestellt haben, mitgeprüft werden konnte. Jedoch bedürfen auch juristische Personen einer Stellvertreter-Erlaubnis, sobald ein Wechsel in diesen Personen eintritt, oder für die Führung des erlaubnispflichtigen Betriebs ein rechtsgeschäftlicher Stellvertreter bestellt wird. Die Betriebserlaubnis selbst ist von einem solchen Wechsel unabhängig.[57]

Damit wird uns durch das Gaststättengesetz bestätigt, daß die gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person weder selbst Gewerbetreibende, noch gewerbliche Arbeiter nach Tit. VII GO., sondern echte Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts sind.[58]

c) Den Stellvertretern sind für das Gebiet des Gewerberechts gleichzustellen der Konkursverwalter und der Zwangsverwalter, wenn sie einen vor der Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner betriebenen Gewerbebetrieb fortsetzen.[59] Sie üben dann kraft Gesetzes die gesamte Rechtsstellung des Gewerbetreibenden aus wie ein Stellvertreter.

V. Begriffsbestimmung.

Zusammenfassend kommen wir für den gewerblichen Stellvertreter zu folgender Begriffsbestimmung:

> Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts ist, wer auf Grund der ihm vom Gewerbetreibenden eingeräumten oder kraft Satzung oder Gesetzes zustehenden Rechtsstellung befugt ist, auf Rechnung und Gefahr des Gewerbetreibenden die gesamten sich aus der Eröffnung und Fortsetzung des Gewerbebetriebs oder eines organisatorisch selbständigen Teils davon ergebenden Befugnisse selbständig auszuüben, und verpflichtet ist, die daraus entstehenden Verpflichtungen zu erfüllen.

[56] Auf die Frage, ob juristische Personen allgemein Träger einer Erlaubnis sein können, werden wir in § 5 III eingehen.

[57] Vgl. Michel, Gaststättengesetz, § 6 Anm. IV; Rohmer, Gaststättengesetz, § 6 Anm. 5.

[58] Ebenso Schicker, S. 242; a. A. Landmann-Rohmer, § 45 Anm. 2a.

[59] Vgl. Landmann-Rohmer, § 45 Anm. 2a; Matthiesen, Zwangsverwalter, S. 315 ff.; Michel.

§ 3: Anhang: Der gewerbliche Stellvertreter und der Stellvertreter des Betriebsführers.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit geht ebenso wie die Gewerbeordnung vom „Betrieb" als Gegenstand seiner rechtlichen Regelung aus. Beide Gesetze gestatten eine Stellvertretung des Unternehmers, die Gewerbeordnung eine solche in der Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten, die durch den Gewerbebetrieb nach außen, d. h. im Verhältnis zur Allgemeinheit und den Behörden entstehen, das AOG. eine solche in der Verwaltung der innerbetrieblichen Aufgaben, die es dem Betriebsführer auferlegt. Daher taucht die Frage auf, ob beide Gesetze vom gleichen Stellvertreterbegriff ausgehen, oder, wodurch sie sich unterscheiden.

I. Stellung des Stellvertreters des Betriebsführers.

Im Unterschied von der bürgerlichrechtlichen Stellvertretung handelt es sich auch bei der Stellvertretung des Betriebsführers nicht nur um eine Stellvertretung bei der Abgabe und dem Empfang von Willenserklärungen, sondern um eine solche in der Vornahme aller jener Tätigkeiten, die nach dem Gesetz dem Führer des Betriebes als solchem obliegen. Diese Tätigkeiten sind teils solche rein tatsächlicher Art, teils Rechtshandlungen oder wirkliche Rechtsgeschäfte. Sie entspringen dem in § 2 AOG. ausgesprochenen Entscheidungsrecht des Führers und seiner Fürsorgepflicht. Damit werden auch für das AOG. die bürgerlichrechtlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen dem Stellvertreter als Vertreter im Willen bei Willenserklärungen einerseits, dem Boten als bloßem Ueberbringer von Willenserklärungen und dem Gehilfen als Helfer bei der Vornahme tatsächlicher Handlungen andererseits hinfällig.

Darin aber, wodurch sich der Bote und Gehilfe vom Stellvertreter des Betriebsführers unterscheiden, gehen die Meinungen im Schrifttum zum AOG. auseinander. Einig ist man sich lediglich darüber, daß es nicht im Sinne des Gesetzes läge, wenn man den Stellvertreter etwa zu einem Boten oder bloß ausführenden Organ, zu einem „Sprachrohr des Unternehmers" herabsinken ließe.[60] Bei der Ausgestaltung der Rechtsstellung des Stellvertreters geht Mansfeld[61] davon aus, daß der ursprüngliche Führer, auch wenn er einen Stellvertreter bestellt habe, Betriebsführer bleibe. Daraus schließt er, der Unternehmer entscheide nach wie

[60] Mansfeld, § 3 Anm. 3c; ähnl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 11.

[61] § 1 Anm. 2 und § 3 Anm. 3c.

vor in allen betrieblichen Angelegenheiten der Gefolgschaft gegenüber, der Unternehmer sei an die Entscheidungen des stellvertretenden Betriebsführers nicht gebunden, die Befugnis des Stellvertreters, durch eigene Erklärungen den Unternehmer zu binden, gehe nur so weit, wie sie ihm durch seine Stellung in dem ganzen Unternehmen verliehen sei (z. B. wenn er Prokurist sei, soweit wie die Prokura) und die Rechtswirksamkeit der in Ueberschreitung dieser Vollmachten abgegebenen Willenserklärungen sei von der Genehmigung des Unternehmers abhängig; auch im Rahmen der ihm erteilten Vollmacht sei der Stellvertreter an die Weisungen des Führers gebunden.[62]

Zutreffend ist der Ausgangspunkt Mansfelds, daß der ursprüngliche Führer auch bei Bestellung eines Stellvertreters Betriebsführer bleibe. Für uns gehört die Rechtsstellung des Betriebsführers zu jenen grundlegenden, die Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft kennzeichnenden Rechtsstellungen, über die der Einzelne nicht nach Belieben verfügen kann.[63] Der ursprüngliche, „geborene" Betriebsführer[64] kann sich durch Bestellung eines Stellvertreters nicht seiner Rechte und Pflichten mit befreiender Wirkung entäußern. Wenn er von der Möglichkeit, einen Stellvertreter zu bestellen, Gebrauch macht, so bleibt er der Betriebsführer. Dies äußert sich darin, daß er jederzeit den Stellvertreter ohne Angabe von Gründen abberufen und die Führung selbst wieder übernehmen kann, und daß er selbst ehrengerichtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht gegenüber einem Stellvertreter, der sich in Ausübung des Führeramtes eine gröbliche Verletzung der durch die Betriebsgemeinschaft begründeten sozialen Pflichten zu schulden kommen ließ.[65]

Andererseits aber umfassen diese grundlegenden Rechtsstellungen „Pflicht und Befugnis in untrennbarer Einheit; hier können nicht einzelne Befugnisse herausgelöst und übertragen werden".[66] Während der Dauer der Stellvertretung wird das Amt, die Rechtsstellung des Führers allein vom Stellvertreter ausgeübt; er allein trägt für seine Führerentscheidungen und Führermaßnahmen die Verantwortung. „Der stellvertretende Betriebsführer tritt während der Dauer der Stellvertretung an die Stelle des Betriebsführers selbst. Er hat also an seiner Stelle die vom Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit dem Betriebsführer zugewiesenen Rechte und Pflichten. Der Betriebsführer kann während der Dauer der

[62] Mansfeld § 3 Anm. 3 c.

[63] Larenz, Gemeinschaft und Rechtsstellung S. 32.

[64] Mansfeld § 1 Anm. 2.

[65] Hueck-Nipperdey-Dietz § 3 Anm. 26.

[66] Larenz, a. a. O., S. 33.

Stellvertretung diese Rechte nicht persönlich ausüben."[67] Daher kann der Auffassung von Mansfeld, die Befugnisse des Stellvertreters gehen nur so weit, wie seine privatrechtlichen Vollmachten, nicht beigetreten werden. Seine Machtbefugnis ist vielmehr allein umgrenzt durch die im Gesetz dem Führer als solchem zugewiesenen Pflichten und Befugnisse:[68] Er entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, die dieses Gesetz regelt, und hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen, § 2 AOG.[69] Für den Stellvertreter des Betriebsführers gilt, was wir schon für den gewerblichen Stellvertreter festgestellt haben: seine Tätigkeit ersetzt die des Betriebsführers und schließt sie damit aus.

Weisungen und Beschränkungen von Seiten des Betriebsführers gelten nur für das Innenverhältnis zwischen Stellvertreter und Betriebsführer. Der Gefolgschaft gegenüber sind alle Entscheidungen und Maßnahmen des Stellvertreters gültig, die in den Rahmen des Betriebsführers fallen, auch wenn sie unter Mißachtung derartiger Weisungen und Beschränkungen ergehen.

Mit der Unteilbarkeit der Rechtsstellung des Betriebsführers ist auch die Ansicht Mansfelds[70] unvereinbar, der Unternehmer könne einzelne Entscheidungen trotz der Bestellung eines Stellvertreters jederzeit an sich ziehen, sich bei der Stellvertreter-Bestellung einzelne Gebiete grundsätzlich vorbehalten oder auch einen oder mehrere Stellvertreter (als Einzelstellvertreter) für einzelne Aufgaben bestellen. Der Begriff des Stellvertreters des Betriebsführers, sowie der Umfang seiner Pflichten und Befugnisse sind in jedem einzelnen Falle gleich, und ihre Ausgestaltung ist der privaten Willkür entzogen. Mehr noch als im Gewerberecht die Behörde, hat im Arbeitsrecht die Gefolgschaft einen Anspruch auf völlige Klarheit in den Zuständigkeiten; sie muß jederzeit wissen, wer in innerbetrieblichen Angelegenheiten entscheidet und für ihr Wohl zu sorgen hat, wer ihr gegenüber der Verantwortliche ist. Eine Zersplitterung in dieser Hinsicht widerspräche nicht nur unserer Auffassung von dem untrennbaren Zusammenhang der aus der Rechtsstellung des Betriebsführers entspringenden Pflichten und Befugnisse, sondern würde auch in der Gefolgschaft Mißtrauen gegen die Führung hervorrufen. Mansfeld beruft sich ausdrücklich auf die Grundsätze der bürgerlichrechtlichen Vertretung[71] und auf das „allgemeine Recht der rechtsgeschäftlichen Vertretung".[72] Be-

[67] Der Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Nordmark in „Arbeitsrecht-Kartei", Blatt „Tagesfragen 218".

[68] a. A. außer Mansfeld auch Nikisch, Arbeitsrecht, S. 36.

[69] Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 10 und 11.

[70] § 3 Anm. 3 c.

[71] § 2 Anm. 2 a.

[72] § 3 Anm. 3 c.

griff und Rechtsstellung des Stellvertreters des Betriebsführers können jedoch mit den Regeln der bürgerlichrechtlichen Stellvertretung ebensowenig erfaßt werden, wie etwa Begriff und Rechtsstellung des Betriebsführers selbst nach den Regeln des bürgerlichrechtlichen Dienstvertrags.

Abzulehnen ist auch die von Hueck-Nipperdey-Dietz[73] vorgenommene Unterscheidung zwischen „verdrängender" und „unterstützender" Stellvertretung. Der Begriff des verdrängenden Stellvertreters stimmt ungefähr mit unserem Stellvertreter-Begriff überein. Von ihm soll sich der unterstützende Stellvertreter dadurch unterscheiden, daß der unterstützende Stellvertreter nur für den Führer, insbesondere bei dessen Verhinderung tätig werde, ohne jedoch eigene Entscheidungen des Führers auszuschließen.[74] Abgesehen davon, daß eine solche Unterscheidung im Gesetz keinerlei Grundlage findet, ist sie auch geeignet, zu einer Ausscheidung einzelner Pflichten und Befugnisse aus der einheitlichen Rechtsstellung des Betriebsführers zu führen. Außerdem ist sie unnötig, denn niemand hindert den Betriebsführer daran, für die Dauer einer, wenn auch nur kurzen Verhinderung oder Abwesenheit einen Stellvertreter zu bestellen, dem er dann aber sämtliche Pflichten und Rechte eines Betriebsführers zur Erfüllung und Ausübung übertragen muß unter Verzicht darauf, sie während der Dauer seiner Verhinderung selbst auszuüben. Eine bestimmte Zeitdauer der Stellvertretung ist nicht erforderlich.

II. Die gesetzlichen Vertreter. Freiwillige und notwendige Stellvertretung.

1. Aus dem in § 1 AOG. verankerten Gedanken der Betriebsgemeinschaft, in welcher Führer und Gefolgschaft gemeinsam arbeiten, folgt, daß Führer nur derjenige sein kann, der der Gemeinschaft angehört und im Betrieb selbst mitarbeitet. Dies ist aber für eine *juristische Person* als solche unmöglich. Führer kann auch begrifflich nicht ein Gedankengebilde wie die juristische Person sein, sondern dieser Begriff setzte eine kraft eigenen Willens und mit eigener Verantwortung entscheidende physische Persönlichkeit voraus.[75] Daher kann eine juristische Person nicht Betriebsführer im Sinne des AOG. sein, und es kann von ihr nicht gesagt werden, sie sei ursprüngliche Trägerin der Führerstellung und verwalte die aus dieser entspringenden Pflichten und Rechte durch ihre Organe. Aus diesem Grund hat das AOG. in § 3, Abs. 1 die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen nicht etwa nur zu Stell-

[73] § 3 Anm. 23.

[74] Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 23.

[75] Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 1; Mansfeld, § 3 Anm. 1.

vertretern der Letzteren in Bezug auf die Führerstellung bestellt, sondern ihnen die ursprüngliche Führerstellung zugesprochen. Sie sind nicht Stellvertreter des Unternehmers, sondern die primär berufenen Führer des Betriebs.[76]

Das AOG. erteilt aber nicht nur den gesetzlichen Vertretern der juristischen Personen die Führerstellung, sondern auch den gesetzlichen Vertretern der Personengesamtheiten. Unter „gesetzlichen Vertretern" sind hier abweichend von der sonstigen Bedeutung dieses Ausdrucks die nach Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung vertretungsberechtigten Personen zu verstehen.[77] Bei diesen Personengesamtheiten entfallen an sich die dargestellten Gründe, welche es als berechtigt erscheinen lassen, die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen mit der ursprünglichen Führerstellung auszustatten. Denn wie es zulässig ist, daß bei Gesamtvertretung einer juristischen Person mehrere Personen gemeinsam „den Führer des Betriebs" darstellen, so müßte es auch theoretisch möglich sein, daß alle Angehörigen der Personengesamtheit die Führermacht gemeinschaftlich ausüben. Und so ist es auch tatsächlich in dem Fall, daß sämtliche Angehörigen der Personengesamtheit vertretungsberechtigt sind und im Betrieb mitarbeiten, z. B. bei einer offenen Handelsgesellschaft, wenn nicht einzelne Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag (§ 125 HGB.) oder Gerichtsurteil (§ 127 HGB.) von der Vertretung ausgeschlossen sind. Hier sind die Personengesamtheit und die gesetzlichen Vertreter ein und dasselbe. Wir sehen, daß es durchaus möglich gewesen wäre, allgemein die Personengesamtheiten selbst zu ursprünglichen Inhabern der Führerstellung zu machen. Wenn dies — wie aus dem klaren Wortlaut des § 3 Abs. 1 AOG. zu entnehmen ist — nicht geschah, sondern auch bei Personengesamtheiten die ursprüngliche Führerstellung den gesetzlichen Vertretern übertragen wurde, so ist dies aus dem Bestreben heraus zu erklären, die Führerstellung in möglichst wenigen Händen, wenn nicht in einer einzigen Hand zusammenzufassen.[78] Die gesetzlichen Vertreter einer Personengesamtheit sind also ebenfalls nicht bloße Stellvertreter des Betriebsführers, sondern selbst ursprüngliche Inhaber der Führerstellung.

2. Für das AOG. wird der Standpunkt vertreten, ein nach bürgerlichem Recht geschäftsunfähiger oder geschäftsbeschränkter Unternehmer könne nicht Führer des Betriebs sein[79], es sei denn, daß er nach § 112 BGB. zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt sei. Dieser Standpunkt

[76] Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 1.

[77] Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 2 und Mansfeld, § 3 Anm. 2 a.

[78] Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 6.

[79] Vgl. Mansfeld, § 1 Anm. 2; Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 14.

wird damit begründet, daß „die Leitung des Betriebs, weitgehend auch die Führerentscheidungen volle Geschäftsfähigkeit erfordern[80], oder daß „die Führerentscheidungen weitgehend rechtsgeschäftliche Erklärungen enthalten".[81] Im Gesetz selbst findet sich keine Vorschrift, aus welcher das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit für den Führer des Betriebs entnommen werden könnte. Richtig ist allerdings, daß die Leitung des Betriebs, welche Voraussetzung für die Führereigenschaft des Unternehmers ist, in der Regel Geschäftsfähigkeit erfordert. Aber diejenigen Entscheidungen, die der Führer als solcher trifft, liegen stets im Bereich des eigenartigen personenrechtlichen Treueverhältnisses, welches weder dem seitherigen bürgerlichen noch dem öffentlichen Recht unterworfen werden kann. Daher darf auch die Wirksamkeit von Entscheidungen und Erklärungen des Betriebsführers und die Fähigkeit zum Betriebsführer überhaupt von dem Erfordernis bürgerlichrechtlicher Geschäftsfähigkeit nicht ohne weiteres abhängig gemacht werden. Wenn tatsächlich in irgend einem Betrieb besonderer Art die Leitung durch einen beschränkt geschäftsfähigen Unternehmer möglich sein sollte, so wäre dieser auch Führer des Betriebes. Für das AOG. liegt die Frage der Geschäftsfähigkeit nicht anders als für die Gewerbeordnung: auch der Betrieb eines Gewerbes wird für einen nicht voll Geschäftsfähigen in der Regel schon wegen der bürgerlichrechtlichen Vorschriften unmöglich sein; dennoch bestand für die Gewerbeordnung kein Anlaß, für die Zulassung zum Gewerbebetrieb das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit aufzustellen[82]; ebensowenig bestand ein solcher für das AOG. hinsichtlich der Fähigkeit zum Betriebsführer. Schließlich kann doch auch nach bürgerlichem Recht ein Minderjähriger zum Stellvertreter, ja sogar zum Vorstand einer juristischen Person bestellt werden[83] und kann den Betrieb in vollem Umfang rechtswirksam leiten. Warum soll er nicht auch Betriebsführer oder Stellvertreter des Betriebsführers sein können?

Kann jedoch im einzelnen Fall ein Minderjähriger infolge seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit, oder ein entmündigter Volljähriger infolge des Mangels der Geschäftsfähigkeit seinen Betrieb nicht selbst privatrechtlich leiten, so bedarf er auch als Betriebsführer eines Stellvertreters. Dies kann entweder der gesetzliche Vertreter oder ein von diesem bestellter Stellvertreter sein.

3. Außer dem zuletzt erwähnten Fall gibt es keine gesetzliche Vertretung des Betriebsführers in dem Sinne, daß die Person des Vertreters gesetzlich bestimmt wäre, wie etwa im bürgerlichen Recht der Inhaber der elterlichen Gewalt oder der Vormund.

[80] Hueck-Nipperdey-Dietz, a.a.O.
[81] Mansfeld, a.a.O.
[82] Vgl. Landmann-Rohmer § 11 Anm. 1.
[83] Vgl. Staudinger § 165 Anm. 4; RGR. Komm. § 165 Anm. 1.

Aber es gibt neben der stets zulässigen freiwilligen Stellvertretung Fälle, in denen die Bestellung eines Stellvertreters zwingend geboten ist. Ein Stellvertreter muß bestellt werden, wenn der Unternehmer oder bei juristischen Personen und Personengesamtheiten die gesetzlichen Vertreter den Betrieb nicht selbst leiten. Man geht dabei mit Recht so weit, zu verlangen, daß bei juristischen Personen und Personengesamtheiten schon dann ein Stellvertreter zu bestellen sei, wenn nicht alle gesetzlichen Vertreter an der Betriebsleitung beteiligt sind.[84] Denn wenn das AOG. schon ein an sich dem Führergedanken widersprechendes Zugeständnis an das Privatrecht dadurch machte, daß es die gesetzlichen Vertreter zum Betriebsführer bestellte, obwohl nach dem Führergedanken nur einer Führer sein soll, so darf diese Bestimmung nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden.

Die Auswahl der Person des Stellvertreters steht, auch wenn die Stellvertretung zwingend geboten ist, stets dem ursprünglichen Betriebsführer zu. Das Gesetz verlangt nur, daß er „eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person" sein müsse. Denn wer so wichtige Tätigkeiten wie die des Betriebsführers ausübt, muß auch in der wirtschaftlichen Organisation des Betriebs eine diesen Aufgaben angemessene Stellung einnehmen.[85] Er braucht aber nicht — wie der gewerbliche Stellvertreter — die leitende Person zu sein.

III. Die Bestellung des Stellvertreters.

Eine besondere Form ist für die Bestellung des Stellvertreters nicht vorgeschrieben. Insbesondere bedarf es nicht einer Vollmachterteilung in den Formen der §§ 167, 171, 172 BGB.[86] Denn wenn die Bestimmung des Umfangs der Pflichten und Befugnisse des Stellvertreters der privaten Willkür entzogen ist, so kann es auch für die Frage, wer Betriebsführer (sei es ursprünglicher oder stellvertretender) sei, nicht darauf ankommen, welche Bezeichnungen die Beteiligten verwenden, ob sie eine ausdrückliche Bevollmächtigung vornehmen, und welchen Umfang eine solche Vollmacht hat. Maßgebend ist vielmehr lediglich, wer nach außen, d. h. für die Gefolgschaft erkennbar, die Rechtsstellung des Betriebsführers tatsächlich inne hat und ausübt. Bei häufigem Wechsel zwischen dem Betriebsführer und seinem Stellvertreter, oder in der Person des Letzteren mag es allerdings angebracht erscheinen, von der Bestellung des Stellvertreters der Gefolgschaft

[84] Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz § 3 Anm. 13.

[85] Vgl. Mansfeld § 3 Anm. 3 c.

[86] a. A. Mansfeld § 3 Anm. 3 c.

in der für Mitteilungen an diese üblichen Form Kenntnis zu geben. Notwendig aber ist lediglich, daß jeder Gefolgschaftsangehörige weiß oder erkennen kann, wer Führer und wer Führerstellvertreter ist.[87]

IV. Der begriffliche Unterschied zwischen gewerblichem Stellvertreter und Stellvertreter des Betriebsführers.

Zusammenfassend kommen wir zu folgender Begriffsbestimmung:

> Stellvertreter des Betriebsführers ist, wer auf Grund der ihm vom Betriebsführer eingeräumten oder kraft Gesetzes zustehenden Rechtsstellung im Betrieb befugt ist, die dem Betriebsführer als solchem zustehenden Befugnisse auszuüben und verpflichtet ist, die dem Betriebsführer obliegenden Pflichten zu erfüllen.

Vergleichen wir diesen Begriff mit dem des gewerblichen Stellvertreters, so finden wir drei Unterschiede:

1. Einen satzungsmäßigen Stellvertreter des Betriebsführers gibt es nicht, da die Organe der juristischen Personen und Personengesamtheiten selbst ursprüngliche Betriebsführer sind.

2. Der Stellvertreter des Betriebsführers ist nicht auf Rechnung und Gefahr des Unternehmers tätig, denn er übt sein Amt nicht zu des Unternehmers Vorteil, sondern zum Nutzen von Volk und Staat aus.

3. Es ist nicht erforderlich, daß der Stellvertreter des Betriebsführers die gesamten Funktionen des Gewerbetreibenden, des Unternehmers ausübe, sondern er muß nur an der Betriebsleitung mitbeteiligt sein.

Aus der Vergleichung der beiden Begriffe erkennen wir ferner, daß der gewerbliche Stellvertreter, sofern er nicht Organ einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit ist, in der Regel zugleich Stellvertreter des Betriebsführers im Sinne des AOG. sein *kann*, da er alle Funktionen des Unternehmers ausübt. Seine Begriffsmerkmale schließen diejenigen des stellvertretenden Betriebsführers ein. Eine Ausnahme hiervon gilt dann, wenn mehrere Personen insgesamt Stellvertreter des Gewerbetreibenden sind: sie müssen *einen* von ihnen oder eine andere Person zum Stellvertreter des Betriebsführers bestellen. Andererseits wird

[87] Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 25.

nicht jeder Stellvertreter des Betriebsführers zugleich Stellvertreter im Sinne der Gewerbeordnung sein, da der erstere nur an der Betriebsleitung beteiligt sein muß, während der Letztere die gesamte Betriebsleitung inne haben muß.

II. Teil: Die Zulässigkeit der Stellvertretung.

§ 4: Allgemeines.
Geltungsbereich der §§ 45ff. der Gewerbeordnung.

I. Vorbemerkung.

Die liberale Nationalökonomie sah in der Freiheit des Einzelnen von jedweden Beschränkungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs, im freien Spiel der aus der ungehemmten Privatinitiative und dem Selbsterhaltungstrieb des Einzelnen entspringenden Kräfte die ideale Wirtschaftsform, die Gewähr für einen dauernden wirtschaftlichen Fortschritt. Im Glauben an die der Wirtschaft innewohnenden Gesetze, welche zur selbsttätigen Ausscheidung untüchtiger und unredlicher Unternehmer führen werden, wenn man sie nur ungestört zur Auswirkung kommen lasse, verabscheute sie jede Einmischung des Staates in den freien Wettbewerb. Daher war eine Grundforderung des wirtschaftlichen Liberalismus die Beseitigung des umfassenden Gewerbepolizeirechts, welches das Zeitalter des Merkantilismus gekennzeichnet hatte. Sie ist in der Gewerbeordnung mit dem in § 1 ausgesprochenen „Grundsatz der Gewerbefreiheit" verwirklicht worden, allerdings nur insoweit, als nicht die Gewerbeordnung selbst oder Reichsgesetze Einschränkungen enthalten.

Auf denselben wirtschaftlichen Bestrebungen beruhte als logische Folgerung aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit die in § 45 GO. gewährte allgemeine Erlaubnis, die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetrieb durch Stellvertreter auszuüben.

Indes hatte schon die Gewerbeordnung in ihrer ursprünglichen Fassung gewisse Gewerbe von der Gewerbefreiheit gänzlich ausgenommen (vgl. § 6 GO.) und für eine Anzahl anderer das Erfordernis einer besonderen Genehmigung oder Untersagungsbefugnisse beibehalten. In der Folgezeit hat eine Verschärfung und Verwilderung des freien Wettbewerbs den Staat vielfach schon aus allgemein polizeilichen Gründen zum Einschreiten genötigt. So kam es zu den verschiedenen Ergänzungen und Aenderungen der Gewerbeordnung durch Novellen, welche immer weitere Gewerbe der staatlichen Aufsicht in irgend einer Form unterstellten.

Wurden jedoch bis 1933 diese gewerbepolizeilichen Beschränkungen als Ausnahmen von dem Grundsatz der Gewerbefreiheit betrachtet, so machte der nationalsozialistische Staat beim Neuaufbau der Wirtschaft vor ihm nicht Halt, einerlei ob es polizeiliche oder politische Gründe waren, die seine Einschränkung herbeiführten. Seit 1933 hat das Gewerbepolizeirecht durch Einbeziehung ganzer *Wirtschaftszweige*, wie des Einzelhandels und des Handwerks eine solche Ausdehnung erfahren, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit, der formell noch gilt, tatsächlich heute schon als Ausnahme betrachtet werden kann. „Die Vermutung für die ‚Freiheit' ist aufgegeben."[88]

Das Gewerbepolizeirecht bedient sich verschiedener Formen besonderer Aufsicht über einzelne Gewerbe oder Gewerbezweige; es kann zur Errichtung gewisser gewerblicher *Anlagen* eine Genehmigung vorschreiben (§ 16 ff. GO.). Diese Form der Aufsicht bietet hinsichtlich der Stellvertretung keine Besonderheiten, da es bei ihr nicht auf die Person des Gewerbetreibenden, sondern nur auf die Beschaffenheit der Betriebsmittel ankommt. Die Stellvertretung ist hier nach § 45 GO. allgemein zulässig.

Das Gewerbepolizeirecht kann aber auch die Fernhaltung ungeeigneter *Unternehmer* von gewissen Gewerben erstreben dadurch, daß es den Behörden bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden eine *Untersagungsbefugnis* einräumt oder die Befugnis zur Ausübung des Gewerbes von dem Vorhandensein einer besonderen behördlichen *Erlaubnis* abhängig macht, wobei die Erlaubnis nur beim Vorliegen bestimmter persönlicher Eigenschaften des Bewerbers erteilt wird.

Für die Stellvertreter verlangt nun § 45, Halbs. 2 GO., daß sie diesen für gewisse Gewerbe „insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen müssen". Wir werden uns also im gegenwärtigen II. Teil, der von der Zulässigkeit der Stellvertretung handelt, vorwiegend mit den Gewerben zu befassen haben, bei welchen die Zulassung von einer auf Grund besonderer persönlicher Eigenschaften des Gewerbetreibenden erteilten Erlaubnis abhängig ist. Zuvor sei jedoch noch auf einige Betriebsarten und Gewerbe eingegangen, hinsichtlich derer die Geltung der §§ 45 ff. GO. zweifelhaft ist.

II. Die Stellvertretung beim Gewerbebetrieb im Umherziehen und im Marktverkehr.

In § 45 GO. ist nur vom stehenden Gewerbebetrieb die Rede; ist also eine Stellvertretung bei den beiden anderen, von der Gewerbeordnung unterschiedenen Betriebsarten, dem Gewerbebetrieb im Umherziehen und dem Marktverkehr nicht zulässig?

[88] Maunz, Das Verwaltungsrecht des nationalsozialistischen Staates, S. 39.

1. Beim Gewerbebetrieb im Umherziehen ist die Zulässigkeit einer Stellvertretung bestritten. Landmann-Rohmer[89] ist der Ansicht, daß es beim Gewerbebetrieb im Umherziehen keine Stellvertretung gebe, weil jeder, der das Gewerbe in eigener Person ausüben will, einen Wandergewerbeschein besitzen müsse. Winter[90] dagegen vertritt den Standpunkt, daß auch hier Stellvertretung zulässig sei[91], da diese Bestimmung (§ 55 GO.) nicht für den Begriff des Wandergewerbes, sondern nur für das Bedürfnis eines Wandergewerbescheins von Bedeutung sei. Die letztere Auffassung erscheint mir zutreffend, denn einerseits unterliegt es keinem Zweifel, daß der Ausdruck „in eigener Person" nicht gleichbedeutend ist mit „für eigene Rechnung", und daß damit die Möglichkeit durchaus offengelassen ist, ein Wandergewerbe für Rechnung eines andern zu betreiben. Andererseits setzt dies § 60 d, Abs. 2 GO. voraus, wenn er bestimmt: „Wer für einen andern ein Gewerbe im Umherziehen zu betreiben beabsichtigt, unterliegt für seine Person den Bestimmungen dieses Gesetzes". Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß ein Gewerbebetrieb im Umherziehen durch einen Stellvertreter ausgeübt werden kann; eine weitere Bestätigung dieser Auffassung enthält § 4 WandergewStG. mit der Bestimmung: „Betreibt die Person, auf deren Namen der Wandergewerbeschein ausgestellt worden ist, das Wandergewerbe für eine andere Person, so sind sie Gesamtschuldner", und in § 6, Abs. 2: „Läßt ein Unternehmer das Gewerbe im Umherziehen durch andere Personen betreiben ...".

Der Betrieb eines Wandergewerbes durch Stellvertreter kann auf dreierlei Art erfolgen:

a) Der Gewerbetreibende selbst, d. h. derjenige, auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb erfolgt, übt eine der gewerblichen Tätigkeiten, welche im Umherziehen ausgeübt werden können (§ 55 GO.), selbst nicht aus, sondern begnügt sich damit, Personen mit einer dieser Tätigkeiten im Umherziehen auf seine Rechnung zu beauftragen. In diesem Falle bedarf der Gewerbetreibende selbst keines Wandergewerbescheins, wohl aber der Stellvertreter; denn nach § 55 GO. bedarf eines Wandergewerbescheins zwar derjenige, der das Wandergewerbe in eigener Person, d. h. selbst umherziehend ausübt, aber auch nur dieser.

b) Der Gewerbetreibende übt eines der in § 55 GO. aufgeführten Gewerbe selbst aus, und zwar in einem stehenden Gewerbebetrieb, also in einer gewerblichen Niederlassung und läßt es außerdem noch durch Stellvertreter im Umherziehen ausüben. Es widerspricht nicht unsern begrifflichen Anforderungen hinsichtlich

[89] § 45 Anm. 2 c.

[90] Der gewerbliche Stellvertreter, S. 15.

[91] Ebenso Kähler, Stellvertretung, S. 42.

der eine eigene Tätigkeit des Gewerbetreibenden ausschließenden Selbständigkeit des Stellvertreters, wenn wir auch in einem solchen Falle von Stellvertretung sprechen, denn wir sehen hierin nur einen Sonderfall der Ausübung eines organisatorisch selbständigen Teils des Gewerbebetriebs durch einen Stellvertreter. Auch hier bedarf nur der umherziehende Stellvertreter eines Wandergewerbescheins, und zwar obwohl er Stellvertreter des Inhabers eines stehenden Gewerbebetriebs ist. Andererseits bedarf der Gewerbetreibende, obwohl er eines der in § 55 GO. genannten Gewerbe selbst ausübt und außerdem Inhaber eines im Umherziehen betriebenen Gewerbebetriebs ist, keines Wandergewerbescheins.

c) Nicht nur der Stellvertreter, sondern auch der Gewerbetreibende selbst betreibt das Gewerbe ohne gewerbliche Niederlassung, d. h. umherziehend. Daß nach dem oben zu a) Ausgeführten in diesem Falle beide eines Wandergewerbescheins bedürfen, ist selbstverständlich.

Der Wandergewerbeschein ist ein *förmliches* Erfordernis, das in der Person desjenigen vorhanden sein muß, der *tatsächlich*, d. h. äußerlich sichtbar eine der in § 55 Ziff. 1 bis 4 GO. bezeichneten Tätigkeiten außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung vornimmt. Ist dieses formelle Erfordernis nicht erfüllt, so wird er nach den Strafvorschriften über den Betrieb eines Wandergewerbes ohne Wandergewerbeschein (§ 148, Ziff. 7 bis 7e GO.) bestraft ohne Rücksicht darauf ob in seiner Person ein sachlicher Versagungsgrund (§§ 57, 57a, 57b GO.) vorhanden gewesen wäre oder nicht, und ohne Rücksicht darauf, ob er selbst Gewerbetreibender, Stellvertreter, Gehilfe oder mithelfendes Familienmitglied war.

Es kann im übrigen dahingestellt bleiben, nach welchen Gesichtspunkten hier die Unterscheidung zwischen Unternehmer, Stellvertreter und Gehilfen vorzunehmen wäre, denn eine gewerberechtliche Auswirkung hat diese Unterscheidung für das Wandergewerbe nicht: Da der Stellvertreter oder die sonstige Hilfsperson im Wandergewerbe unmittelbar nach § 148, Ziff. 7 bis 7e GO. persönlich strafbar ist, und sich die Strafbarkeit des Unternehmers aus allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen unter den Gesichtspunkten der Anstiftung oder Beihilfe (§§ 48, 49 StGB.) ergeben kann, durch § 151 GO. aber nicht eine weitere oder schärfere strafrechtliche Haftung des Unternehmers begründet werden sollte, wo eine solche schon ohne diese Vorschrift bestand[92], ist § 151, Abs. 1 GO. auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen *nicht* anwendbar.

[92] Vgl. Landmann-Rohmer, § 151 Anm. 3 d.

Aber auch für eine Zurücknahme des Wandergewerbescheins nach § 151, Abs. 2 GO. ist neben der Sondervorschrift des § 58 in Verb. mit § 57 b GO. kein Raum: der Wandergewerbeschein kann zurückgenommen werden, wenn der Inhaber wegen Verletzung der auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen bezüglichen Vorschriften im Laufe der letzten drei Jahre wiederholt bestraft ist; zu diesen Vorstrafen sind auch solche wegen Beihilfe oder Anstiftung zur Ausübung eines Wandergewerbes ohne Wandergewerbeschein zu rechnen. Es ist also schon durch andere, gegenüber dem § 151 GO. spezielle Vorschriften dafür gesorgt, daß demjenigen Inhaber eines Wandergewerbescheins, der sich durch Beteiligung an Zuwiderhandlungen seines Stellvertreters strafbar gemacht hat, auch selbst der Wandergewerbeschein entzogen werden kann. Außerdem dürfte § 151, Abs. 2 GO. nur auf die in §§ 29 bis 40 GO. geregelten persönlichen Erlaubnisse anwendbar sein.[93]

2. Auch im Marktverkehr ist eine Stellvertretung zulässig.[94] Die auf den Marktverkehr bezüglichen Vorschriften der §§ 64 ff. GO. und die auf Grund des § 1 WirtschWerbG. erlassene 2. und 6. Bekanntmachung des „Werberats der Deutschen Wirtschaft" über das Ausstellungs- und Messewesen enthalten zwar keine ausdrückliche Bestimmung. Die Zulässigkeit einer solchen Stellvertretung ist aber unentbehrlich und folgt aus dem in § 64 GO. ausgesprochenen Grundsatz der Marktfreiheit. Allerdings bedarf auch sie keiner besonderen gewerberechtlichen Betrachtung, da sie gewerberechtliche Wirkungen nicht äußert, insbesondere eine Anwendung des § 151 GO. auch hier nicht in Frage kommt, vielmehr wegen Zuwiderhandlungen gegen die den Marktverkehr betreffenden polizeilichen Anordnungen (Marktordnungen) in erster Linie derjenige strafbar ist, der sie tatsächlich begangen hat (§ 149, Abs. 1 GO.), dagegen der von diesem Vertretene nur im Rahmen allgemeiner Rechtsgrundsätze (§§ 48, 49 StGB.) zur Verantwortung gezogen werden kann.

III. Ausnahmen von der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung.

1. Auf diejenigen Gewerbe oder Tätigkeiten, welche nach § 6 GO. von der Regelung durch die Gewerbeordnung ausgenommen sind, findet auch § 45 GO. keine Anwendung; vielmehr gelten für sie die einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen. Zweifel sind entstanden bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 45 ff. auf die Stellvertretung im Betrieb einer Apotheke und in der Tätigkeit der Hebammen.[95]

[93] Landmann-Rohmer § 151 Anm. 4 b.
[94] a. A. Winter, Der gewerbl. Stellvertreter, S. 16.
[95] Landmann-Rohmer § 45 Anm. 2 e.

a) Bezüglich der Apotheken sind vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung nur ausgenommen die „Errichtung und Verlegung von Apotheken“ (§ 6 GO.). Nach einer vom Preuß. Oberverwaltungsgericht[96], vom Reichsgericht[97] und auch im Schrifttum vertretenen Ansicht sollen zu den dem Landesrecht überlassenen Bestimmungen über die Errichtung und Verlegung von Apotheken Bestimmungen über die Stellvertretung im Betrieb einer Apotheke nicht gehören, daher eine solche im Rahmen der §§ 45 ff. zulässig und etwa erlassene landesrechtliche Vorschriften hierüber ungültig sein. Landmann-Rohmer[98] und die Landesgesetzgebung vertraten den gegenteiligen Standpunkt. Daß die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften zu Recht ergangen sind, ist nunmehr durch das Reichsgesetz über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken und die 1. DVO. hierzu bestätigt worden, welche das Bestehen landesrechtlicher Vorschriften voraussetzen.

Dieses Gesetz hat den größten Teil der landesrechtlichen Bestimmungen außer Kraft gesetzt. Nach Art. 9 der 1. DVO. dürfen öffentliche Apotheken — mit Ausnahme von Zweig- und Zwergapotheken[99] — nur verwaltet werden, soweit das Gesetz an Stelle einer Verpachtung die Verwaltung der Apotheke zuläßt; entgegenstehende landesrechtliche Bestimmungen sind außer Kraft getreten. Unter „Verwaltung“ ist die Leitung der Apotheke auf Rechnung des Besitzers in der Weise zu verstehen, daß die Verantwortung für die geordnete und einwandfreie Arzneiversorgung der Verwalter als Leiter der Apotheke trägt.[100] Dieser Begriff deckt sich völlig mit unserem für den gewerblichen Stellvertreter gefundenen Begriff und seine Einführung in das Reichsrecht entbehrt jeder Begründung. Wenn im folgenden vom „Verwalter“ die Rede ist, so werden wir darunter einen Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts verstehen.

Die Verpachtung einer Apotheke schreibt das Gesetz vor, wenn sie auf Grund landesrechtlicher Bestimmungen für Rechnung der Witwe oder der minderjährigen Kinder des verstorbenen Inhabers weitergeführt wird (§ 1, Abs. 1), oder wenn sie vom Inhaber aus bestimmten, im Gesetz (§ 1, Abs. 2) aufgezählten und im einzelnen Fall von der höheren Verwaltungsbehörde festzustellenden Gründen nicht mehr selbst geführt werden kann. Nur in diesen Fällen soll eine Verwaltung zeitlich begrenzt möglich sein als Uebergang zur Verpachtung.

[96] Goltd. Arch. 5, S. 595.

[97] JW. 1899, S. 496.

[98] 8. Aufl., § 45 Anm. 2e.

[99] § 9, Satz 1, 11 des Gesetzes und Art. 10 der 1. DVO.

[100] Vgl. Einf. bei Pfundtner-Neubert.

Damit ist das einschlägige Landesrecht weitgehend außer Kraft getreten. So ist die Württ. VO. vom 13. 12. 1933[101], welche im wesentlichen auf die Kgl. VO. vom 4. 1. 1843[102] zurückging, soweit sie sich mit der Verwaltung und Verpachtung von Apotheken befaßt, außer Kraft gesetzt mit Ausnahme der Vorschriften, welche die Zulässigkeit einer Fortführung der Apotheke für Rechnung der Witwe oder minderjährigen Kinder des verstorbenen Apothekers betreffen (darüber s. unt. § 5 II).

Zweifelhaft ist es dagegen, ob § 18 der Württ. Min. Verf. vom 1. 7. 1885[103] in der Fassung vom 10. 9. 1935[104] noch gilt. Dieser lautet:

„Der Apothekeninhaber ist verpflichtet, eine Behinderung in der Leitung der Apotheke unter Benennung des Vertreters dem Gesundheitsamt mitzuteilen, wenn sie länger als drei Tage dauert.

Bis zu 14 Tagen kann sich der Apothekeninhaber durch einen Kandidaten der Pharmazie oder approbierten Apotheker vertreten lassen; bei jeder über 14 Tage dauernden Behinderung muß die Leitung der Apotheke einem approbierten Apotheker übertragen werden.

Kein Apothekenvorstand darf ohne meine Genehmigung länger als drei Monate im Zusammenhang und während eines Jahres länger als vier Monate in der Leitung der Apotheke vertreten werden."

Diese Bestimmung regelt die Fälle einer nur vorübergehenden, in ihrer voraussichtlichen Dauer abschätzbaren Verhinderung des Apothekeninhabers infolge vorübergehender Erkrankung, Urlaubs und dergl. Das Reichsgesetz dagegen befaßt sich mit den Fällen voraussichtlich dauernder Verhinderung des Apothekeninhabers an der Führung der Apotheke; es konnte die unvermeidlichen Fälle vorübergehender Verhinderung schon mit Rücksicht auf die Kürze der in Frage kommenden Zeiträume dem Verpachtungszwang nicht unterwerfen.[105] Damit sollte jedoch eine Stellvertretung in diesen Fällen nicht untersagt werden. Die Bestimmungen des § 18 der genannten Min. Verf. stehen daher denjenigen des Reichsgesetzes nicht entgegen, sondern ergänzen sie und gelten noch.

Bemerkenswert ist — dies sei nebenbei erwähnt — die Wahl verschiedener Worte, je nachdem, ob sich der Apothekeninhaber bis zu 14 Tagen „vertreten" läßt oder ob er „die Leitung übertragen" muß an einen approbierten Apotheker bei länger dauernder Behinderung. Hier kommt ein richtiger begrifflicher Unterschied zum Ausdruck: Derjenige, dem die Leitung übertragen wird, ist Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts. Dagegen kann derjenige, der den Apotheker nur bis zu 14 Tagen vertritt, nicht als Stellvertreter bezeichnet werden, denn er wird bei seiner Tätigkeit an

101 WRegBl. 1933, S. 433.

102 Daselbst 1843, S. 25.

103 WRegBl. 1885, S. 305.

104 Daselbst 1935, S. 186.

105 Vgl. Einf. z. 1. DVO. bei Pfundtner-Neubert.

die Weisungen des Inhabers gebunden, also unselbständig sein und kann dessen öffentlichrechtliche Befugnisse nicht eigenverantwortlich ausüben und erfüllen.

b) Die Tätigkeit der Hebammen gehört zur Ausübung der Heilkunde. Auf sie findet die Gewerbeordnung nur insoweit Anwendung, als sie ausdrücklich Bestimmungen darüber enthält (§ 6, Abs. 1, Satz 2 GO.). Ueber die Stellvertretung der Hebammen enthält die Gewerbeordnung keine Bestimmungen. Für Württemberg[106] gilt bezüglich des Hebammenwesens das Gesetz vom 22. 7. 1836[107], welches die Verpflichtung der Gemeinden, für eine den örtlichen Bedürfnissen entsprechende Anzahl von Hebammen zu sorgen, festsetzt, und die VO. des Innenministeriums über die Geschäftsanweisung für die Hebammen vom 22. 7. 1932.[108] Eine Hebamme, welche in Württemberg die nach § 30, Abs. 4 GO. erforderliche Prüfung abgelegt hat und in Württemberg ansässig ist, ist zur Geburtshilfe innerhalb des ganzen Landes berechtigt und in Notfällen auch außerhalb ihres Bezirkes verpflichtet.[109] Ihr Tätigkeitsbereich wird jedoch in der Regel mit dem Bezirk der Gemeinde oder Gemeinden zusammenfallen, auf deren Kosten ihre Ausbildung gem. Art. 1, Abs. 2 des Gesetzes erfolgt ist.

Indes ist es weder untersagt, daß eine Hebamme außerhalb ihres Wohnorts eine geburtshilfliche Tätigkeit vornimmt, noch daß sich die ortsansässige Hebamme vertreten läßt. Ueber letzteren Fall bestimmt § 3, Abs. 3 der Geschäftsanweisung:

> „Hat die Hebamme aushilfsweise Dienstleistungen für eine andere Hebamme übernommen, so ist sie verpflichtet, dieser ihre Stelle wieder einzuräumen, sobald die Abhaltung vorüber ist, es sei denn, daß von den Pflegebefohlenen ihre weitere Tätigkeit ausdrücklich gewünscht wird."

Eine Stellvertretung durch Frauen, welche nicht im Besitze eines Prüfungszeugnisses sind, ist verboten (§ 30, Abs. 4 GO.) und nach § 147, Abs. 1, Ziff. 1 GO. strafbar, und zwar einerlei, ob sich die Stellvertreterin als „Hebamme" bezeichnet oder nicht. Denn nicht zur Führung der Bezeichnung „Hebamme" bedarf es nach § 30, Abs. 4 GO. des Prüfungszeugnisses, sondern zur gewerbsmäßigen Ausübung der Geburtshilfe durch Frauen.[110] Dagegen ist die Stellvertretung der Hebamme durch einen nicht im Besitze eines Prüfungszeugnisses oder einer Approbation befindlichen Mann zulässig, wenn dieser sich der Führung eines ihm nach § 2 RAerzteO. nicht zustehenden Titels enthält. Diese Folge-

[106] Ueber die Vorschriften der anderen Länder vgl. Landmann-Rohmer § 30 Anm. 9.

[107] WRegBl. 1836, S. 312.

[108] RegBl. S. 207.

[109] § 9 Gesch. Anw.

[110] Landmann-Rohmer, § 30 Anm. 8.

rung aus der geltenden Fassung des § 30, Abs. 4 GO. in Verb. mit §§ 6, 29 GO. wird den Interessen der Volksgesundheit keineswegs gerecht. In Württemberg kann aber der Oberamtsarzt mit Hilfe der ihm zustehenden Aufsichts- und Weisungsbefugnis über die Hebammen einen Mißbrauch dieser Möglichkeit verhindern.

2. Ausnahmen von der in § 45 GO. ausgesprochenen allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung gelten ferner für die Gewerbe, a) deren Ausübung ihrer Natur nach höchst persönlich erfolgen muß, b) bei welchen die Zulassung eines Stellvertreters in jedem einzelnen Falle in das Ermessen einer Behörde gestellt ist, c) bei welchen eine besondere Stellvertretererlaubnis erforderlich ist.

a) Unter Ziff. a) gehören hauptsächlich die Fälle öffentlich-rechtlicher Verwaltung durch beliehene Unternehmer. Gegenstand des Gewerbebetriebs ist in solchen Fällen „eine Besorgung von Geschäften, die ihrer Natur nach sehr wohl Gegenstand der Verwaltung des Staates sein könnte, bei der aber im einzelnen Fall der Staat auf die Uebernahme in seine Verwaltung verzichtet".[111] Aus der „dem Unternehmer übertragenen Ausübung eines Stücks öffentlicher Gewalt"[112] folgt nicht nur ein öffentliches Recht zum Betrieb des betreffenden Unternehmens, sondern auch eine Betriebspflicht des Unternehmers. Dieser Betriebspflicht kann sich der beliehene Unternehmer weder durch Verzicht, noch durch Uebertragung der Ausübung an einen Pächter oder Stellvertreter ohne Zustimmung des verleihenden Staates mit befreiender Wirkung entziehen.[113]

b) In das Ermessen der für die Erteilung der Erlaubnis zuständigen Behörde ist nach § 47 GO. die Zulässigkeit einer Stellvertretung für die nach §§ 34, 34a und 36 GO. zur Ausübung der dort aufgeführten Gewerbe oder Tätigkeiten befugten Personen gestellt. Reichsgesetzlich ist in diesen Bestimmungen das Erfordernis einer Erlaubnis vorgeschrieben für die Pfandleiher, Pfandvermittler und Rückkaufshändler. Der Landesgesetzgebung ist die Einführung einer Erlaubnispflicht vorbehalten für die Gifthändler, Lotsen und Markscheider (§ 34, Abs. 3 GO.); ferner können kraft landesrechtlicher Bestimmung gewisse in § 36 GO. genannte Gewerbetreibende beeidigt und öffentlich angestellt werden, um ihnen eine besondere Glaubwürdigkeit beizulegen. Nur dort, wo die Landesgesetzgebung von ihrer Befugnis, für diese Gewerbe eine Erlaubnispflicht einzuführen bzw. diese Gewerbetreibenden öffentlich anzustellen, Gebrauch gemacht hat, ist die Behörde, welche die Erlaubnis im einzelnen Fall erteilt oder die An-

[111] v. Köhler, Grundlehren, S. 144.

[112] Daselbst, S. 147.

[113] Vgl. v. Köhler, a.a.O.

stellung vorgenommen hat, auch befugt, über die Zulässigkeit der Stellvertretung zu entscheiden. Und zwar entscheidet sie dann sowohl darüber, ob sie überhaupt eine Stellvertretung zulassen will, wie darüber, ob der vorgeschlagene Stellvertreter für geeignet erachtet wird.

Freies Ermessen der zuständigen Behörde besteht mangels anderweitiger Vorschriften ferner für die Erteilung der Erlaubnis zur Wirtschaftswerbung nach dem Gesetz über Wirtschaftswerbung (§ 3), zur Beleihung von Grundstücken, Schiffen usw. und Ausgabe von Pfandbriefen nach dem Hypothekenbankgesetz und dem Schiffsbankgesetz.

Eine reichsgesetzliche Sonderregelung ist neuerdings getroffen worden für die Gewerbe der Versteigerer und Schornsteinfeger, welche ursprünglich ebenfalls unter § 47 GO. fielen. Für das Erstere ist durch das Gesetz über das Versteigerergewerbe eine besondere Stellvertretererlaubnis eingeführt worden (siehe darüber unten § 6 III), während die VO. über das Schornsteinfegerwesen und die AusfAnw. hierzu grundsätzlich die persönliche Ausführung oder Ueberwachung der Schornsteinreinigungen durch den Schornsteinfegermeister vorschreibt (§ 33 des Ges. und Ziff. 46 AusfAnw.). Im Falle einer Erkrankung oder sonstigen Behinderung hat der Schornsteinfegermeister einen Stellvertreter zu bestellen (§ 32 des Ges. und Ziff. 45 AusfAnw.).

Der Regelung der Ortspolizeibehörde ist nach § 37 GO. vorbehalten, das Gewerbe und damit auch die Stellvertretung der Personen, welche auf öffentlichen Straßen und Plätzen ihre Dienste anbieten; die Ortspolizeibehörde kann Bestimmungen darüber treffen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Stellvertretung zulässig ist.[114] Dasselbe gilt für die fahrenden Schausteller und Musikanten nach § 33 b GO. Ferner kann für den ambulanten Gewerbebetrieb am Wohnort (§ 42 b GO.) die zuständige Behörde die Erlaubnispflicht für alle diejenigen einführen, welche das Gewerbe in eigener Person ausüben, also auch für die Stellvertreter.[115]

c) Die Gewerbe, für welche eine besondere Stellvertretererlaubnis vorgeschrieben ist, werden im Zusammenhang mit den Voraussetzungen in der Person des Stellvertreters zu besprechen sein. (Vgl. unten § 6 III.)

[114] Landmann-Rohmer § 37 Anm. 2.

[115] Daselbst § 42 b Anm. 11.

§ 5: Die Voraussetzungen in der Person des Vertretenen.

I. Allgemeine Voraussetzungen.

Eine Stellvertretung ist nach § 45 GO. nur in Ausübung der Befugnis zum selbständigen Gewerbebetrieb zulässig. Daraus folgt,

daß nur derjenige, der selbst die Befugnis zu dem betreffenden Gewerbe inne hat, berechtigt ist, es durch einen Stellvertreter ausüben zu lassen.

Eine solche Befugnis entsteht aber bei den erlaubnispflichtigen Gewerben erst mit der Erteilung der Erlaubnis[116] und endigt mit deren Verlust (z. B. durch Entziehung, Nichtausübung oder Tod des Berechtigten).

Die Stellvertretung ist daher bei den erlaubnispflichtigen Gewerben nur dann und insolange eine rechtmäßige, als sich der Vertretene im Besitze der Erlaubnis befindet.

Damit ist auch die Frage beantwortet, ob eine Person, die das für die Erteilung einer Erlaubnis etwa vorgeschriebene oder erforderliche Lebensalter noch nicht erreicht hat, das betreffende Gewerbe durch einen Stellvertreter betreiben lassen könne; sie ist zu verneinen.[117]

II. Das Recht der Witwe und der minderjährigen Erben auf Fortsetzung des Gewerbebetriebs.

Von dem Grundsatz, daß der Vertretene die Befugnis zum Gewerbebetrieb selbst innehaben muß, stellt die Befugnis der Witwe und der minderjährigen Erben zur Fortsetzung des Gewerbes nach dem Tode des Gewerbetreibenden gemäß § 46 GO. eine wichtige Ausnahme dar.

Die Vorschrift des § 46 GO., das Gewerbe dürfe nach dem Tode des Gewerbetreibenden für Rechnung der Witwe während des Witwenstandes oder, wenn minderjährige Erben vorhanden sind, für deren Rechnung durch einen nach § 45 qualifizierten Stellvertreter betrieben werden, entspricht wörtlich dem § 62 Preuß. Gewerbeordnung von 1845. Da nach der PreußGewO. einerseits Frauen und Minderjährige vom selbständigen Betrieb eines Gewerbes ausgeschlossen waren, andererseits aber — wie nach geltendem Recht — nur demjenigen die Ausübung des Gewerbes durch einen Stellvertreter gestattet war, der selbst die Befugnis zu dem Gewerbe hatte, waren nach der PreußGewO. Frauen und Minder-

[116] Unter „Erlaubnis" seien im folgenden auch „Genehmigungen" oder „Konzessionen" verstanden, die auf Grund persönlicher Eigenschaften erteilt werden.

[117] Vgl. Schicker, S. 242.

jährige vom Betrieb eines Gewerbes sowohl in eigener Person wie durch Stellvertreter ausgeschlossen. Hiervon machte § 62 PreußGewO. zu Gunsten der Witwe und der minderjährigen Erben des Gewerbetreibenden eine Ausnahme, indem er ihnen die Fortsetzung des Gewerbebetriebs mit Hilfe eines Stellvertreters gestattete. Würde sich sein Inhalt jedoch hierauf beschränken, so wäre in der Reichsgewerbeordnung kein Platz mehr für ihn, da diese die Ausschließung der Frauen und Minderjährigen vom Betrieb eines Gewerbes beseitigt hat (§§ 11, 1 GO.). Lediglich zu dem Zweck, daß die Witwe und minderjährigen Erben nicht zu einer neuen Anzeige über den Gewerbsbeginn nach § 14 GO. verpflichtet sein sollen, wäre er in der Reichsgewerbeordnung nicht beibehalten worden.

Die Bedeutung des § 46 GO. liegt vielmehr in erster Linie darin, daß er der Witwe usw. die Fortsetzung eines erlaubnispflichtigen Gewerbebetriebs gestattet, ohne daß sie einer neuen, auf ihre Person lautenden Erlaubnis bedürfen. Rechtspolitischer Zweck dieser Ausnahmestellung der Witwe usw. ist der, diese Personen vor Schaden zu bewahren, der ihnen möglicherweise durch das Erfordernis einer neuen Erlaubnis entstehen könnte, infolge ihrer im Fehlen der persönlichen Voraussetzungen begründeten Unfähigkeit zum Betrieb eines solchen Gewerbes.[118]

Die Fassung des § 46 GO. hat zu verschiedenen Streitfragen Anlaß gegeben. Die umfangreichste ist die der rechtlichen Konstruktion dieses Vorzugsrechtes. Die verschiedenen hierüber aufgestellten Lehrmeinungen sind für uns heute nur noch von geschichtlichem Wert insofern, als sie in ihrer Lebensfremdheit Musterbeispiele einer überwundenen juristischen Methode darstellen, die in ihre gekünstelten Konstruktionen zuvor all das hineinlegte, was sie am Ende wieder aus ihnen zu entnehmen wünschte. Nach einer Auffassung[119] soll der in § 46 GO. genannte Stellvertreter nicht die Witwe usw., sondern den Verstorbenen vertreten; die Witwe usw. bilden mit dem Verstorbenen eine „juristische Einheit“ (!), welche äußerlich in zwei Teile zerfalle: der Betrieb werde „auf den Namen“ des Verstorbenen und „auf die Rechnung“ der Erben fortgeführt. Nach einer andern Auffassung handelt es sich um eine Rechtsnachfolge erbrechtlicher Art in die Gewerbeberechtigung des Verstorbenen. Eine dritte Theorie schließlich konstruiert das Vorrecht aus § 46 GO. als eine aufschiebend bedingte Erlaubnis, welche der Witwe usw. gleichzeitig mit der Erteilung der Erlaubnis an den Verstorbenen stillschweigend miterteilt worden sei.

[118] Vgl. Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht, S. 46; Winter, Der gewerbliche Stellvertreter, S. 65.

[119] Vgl. hierzu und zum folgenden die eingehenden Darstellungen Winters, Der gewerbliche Stellvertreter, S. 50 ff. und Schultzensteins, Konzession und Erbrecht, S. 116 ff.

Wir wollen die Lösung der aufgetretenen praktischen Streitfragen nicht durch Ableitung aus einer dieser juristischen Konstruktionen versuchen, sondern auf Grund des dargestellten Sinns und Zwecks der Vorschrift des § 46 GO.

1. Zweifel sind vorwiegend entstanden hinsichtlich des durch § 46 GO. bevorzugten Personenkreises. Was die Witwe anbetrifft, so ist behauptet worden, nach der Absicht des Gesetzes solle nur die erbende Witwe gemeint sein.[120] Diese Ansicht ist nicht zutreffend, denn sie widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes.[121] Freilich wird praktisch die nicht erbende Witwe nur selten in den Genuß der Vorteile des § 46 GO. kommen, da der Betrieb auf ihre Rechnung gehen muß, die nicht erbende Witwe aber in der Regel nicht Inhaberin der gewerblichen Anlagen sein wird in dem Sinne, daß sie das Unternehmerrisiko trägt. Ausnahmen sind immerhin denkbar, sei es in der Weise, daß die Erben den pachtweisen Weiterbetrieb des Gewerbes der nicht erbenden Witwe gestatten, sei es, daß sie ihr zum Ausgleich eines Pflichtteilsanspruchs (§§ 2303, Abs. 2, 1931 bis 1933 BGB.) oder eines Auseinandersetzungsanspruchs (§§ 1421, 1474 ff., 1546 ff. BGB.) den Gewerbebetrieb übereignen. Es ist nicht einzusehen, weshalb in einem solchen Falle die Witwe von der Fortführung des Betriebs durch einen Stellvertreter ausgeschlossen sein soll.

Dagegen hat das Gesetz, soweit es die Minderjährigkeit als Hinderungsgrund berücksichtigt hat, ausdrücklich nur die minderjährigen Erben bevorzugt, also einerseits nicht die Kinder des Verstorbenen als solche, sondern nur soweit sie Erben sind, andererseits auch alle diejenigen, die kraft Gesetzes oder Verfügung von Todes wegen zu Erben berufen sind. Dazu gehören nicht Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigte, denn sie erwerben kein Erbrecht, sondern nur eine schuldrechtliche Forderung, wohl aber der erste Vorerbe (§§ 2100 ff. BGB.) und der Ersatzerbe (§ 2096 BGB.). Der erste Vorerbe ist unmittelbarer Rechtsnachfolger des Gewerbetreibenden; die ihm in der Verfügung über die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände auferlegten Beschränkungen (§§ 2112 ff. BGB.), hindern ihn nicht am Betrieb des Gewerbes auf eigener Rechnung, denn sie betreffen in der Hauptsache Verfügungen über Grundstücke und Rechte an solchen und Schenkungen. Dasselbe gilt vom Ersatzerben, dessen Erbrecht zwar während der sechswöchentlichen Ausschlagungsfrist (§ 1944 BGB.) ungewiß ist, jedoch nach deren Ablauf ein uneingeschränktes wird. Als sehr zweifelhaft dagegen erscheint es, ob auch der oder die Nacherben zu den Erben im Sinne des § 46 GO. gehören. Be-

[120] Kähler, Stellvertretung, S. 36.

[121] Winter, a.a.O., S. 48; Schultzenstein, a.a.O., S. 119; Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 3.

jaht man dies, wie es im Anschluß an Schultzenstein[122] im Schrifttum geschieht[123], so räumt man dem Gewerbetreibenden eine weitgehende Verfügungsmacht über die Gewerbeerlaubnis ein, insofern als es ihm durch die Einsetzung einer Reihe von Nacherben ermöglicht wird, die Dauer der Erlaubnis erheblich auszudehnen. Eine solche private Verfügungsmacht widerspricht der grundsätzlich höchst persönlichen Natur der Erlaubnis und geht über Sinn und Zweck der Ausnahmevorschrift des § 46 GO. hinaus. Es ist zwar richtig, daß nach bürgerlichrechtlicher Anschauung der Nacherbe nicht etwa Erbe des Vorerben wird, sondern unmittelbarer Erbe des Erblassers (§ 2139 BGB.), aber dabei handelt es sich lediglich um eine juristische Konstruktion, mit deren Hilfe die dem Nacherben schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge zustehenden Kontroll-, Mitwirkungs- und Anwartschaftsrechte (§§ 2120 bis 2123, 2127 bis 2130 BGB.) erklärt werden sollen. Nach natürlicher Betrachtungsweise wird die unmittelbare Verbindung zwischen Erblasser und Nacherben durch das Dazwischentreten des Vorerben als Gewerbetreibenden unterbrochen, und dafür, eine solche Verbindung künstlich herzustellen, besteht für das Gewerberecht kein Bedürfnis. Gegen die Einbeziehung der Nacherben in den Kreis der nach § 46 GO. bevorzugten Personen spricht auch der von Schultzenstein[124] nicht übersehene Umstand, daß § 46 RGO. wörtlich dem § 62 PreußGewO. von 1845 entspricht, diese aber naturgemäß von den „Erben" des Preuß. Allgemeinen Landrecht ausging, wo die Nacherbfolge auf das Fideikommiß und dort wieder auf den ersten und zweiten Substituten beschränkt war (§ 55 I. 12 ALR.). Die Einwendung, daß auch nach BGB. die Nacherbfolge durch die dreißigjährige Frist des § 2109 BGB. beschränkt sei, entkräftet unser Argument nicht, da diese Frist außer Kraft gesetzt werden kann durch den Erblasser bei Ausnützung der Ausnahme des § 2109, Abs. 1, Ziff. 1 BGB.: wenn das Ereignis in der Person des Vor- oder Nacherben geschickt gewählt ist, so besteht eine zeitliche oder zahlenmäßige Beschränkung der Nacherbfolgen praktisch nicht. Wenn nun z. B. 70 Jahre nach dem Tode des den Gewerbebetrieb hinterlassenden Erblassers und nachdem der Gewerbebetrieb der Reihe nach schon von mehreren volljährigen Vorerben kraft eigener Erlaubnis ausgeübt worden war, die Erbschaft an einen minderjährigen Nacherben fällt, soll dieser nach der herschenden Ansicht einer Erlaubnis nicht bedürfen, weil zu seinen Gunsten noch diejenige des vor 70 Jahren verstorbenen Erblassers fortwirkt, die vielleicht vor 100 Jahren erteilt wurde! Es steht fest, daß der Gesetzgeber der Reichsgewerbeordnung diesen

[122] Schultzenstein, a.a.O., S. 142 ff.

[123] Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 4; Winter, a.a.O., S. 63.

[124] a.a.O., S. 145/146.

Fall nicht in Erwägung gezogen hat, weil die RGO. vor dem BGB. entstand, daß daher aus seinem Schweigen keine Schlüsse gezogen werden dürfen; insbesondere die von Schultzenstein[125] in Anspruch genommene Auslegungsregel **„ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere"** kann hier keine Anwendung finden. Jedenfalls ist die gewerberechtliche Gesetzgebung des Dritten Reiches beherrscht von der Tendenz einer Verschärfung der persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis und dieser Tendenz entspricht eine im Zweifel einschränkende Auslegung des § 46 GO. Wir sind daher der Ansicht, daß der Nacherbe nicht zu den nach § 46 GO. bevorzugten Personen gehört.

Bevorzugt sind nur die minderjährigen Erben, d. h. diejenigen, die das 21. Lebensjahr noch nicht erreicht haben (§ 2 BGB.), und zwar nur, so lange sie minderjährig sind. Werden sie volljährig oder für volljährig erklärt (§ 3 BGB.), so müssen sie entweder den Gewerbebetrieb bzw. die Beteiligung daran aufgeben, oder die Erlaubnis für ihre eigene Person erwerben[126]; tun sie dies nicht, so machen sie sich nach § 147, Ziff. 1 GO. strafbar wegen unbefugten Betriebs eines erlaubnispflichtigen Gewerbes. Die Erwägung, daß diejenigen Erben, die nicht wegen Minderjährigkeit, sondern aus einem andern Grunde der Geschäftsfähigkeit ganz oder teilweise entbehren, infolge ihrer beschränkten Erwerbsfähigkeit hinsichtlich des ererbten Gewerbebetriebs den gleichen Nachteilen ausgesetzt sind wie die minderjährigen Erben, hat verschiedentlich dazu geführt, sie im Sinne des § 46 GO. den Minderjährigen gleichzustellen.[127] Mit Recht wendet Schultzenstein[128] dagegen ein, daß weder im Gesetz ein Anhaltspunkt für diese Auffassung vorhanden sei, noch die Rechtslage die gleiche sei; vielmehr habe bei den minderjährigen Erben der Gesetzgeber einen Zustand vor Augen gehabt, der im Zeitpunkt des Todes des Gewerbetreibenden bestimmt entweder vorhanden sei oder nicht, der aber nicht erst nachträglich eintreten könne, wie etwa die Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder Entmündigung. Auch sei, anders als bei der Minderjährigkeit die Dauer der Geisteskrankheit und Geistesschwäche ungewiß und oft lebenslänglich. Das den Minderjährigen eingeräumte Vorrecht ist durch die Vermutung gerechtfertigt, daß sie bei Eintritt ihrer Volljährigkeit die persönlichen Voraussetzungen für den Erwerb einer eigenen Erlaubnis erfüllen werden. Bei den übrigen Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gilt aber die gegenteilige Vermutung. Hinzu kommt, daß der nationalsozialistische Staat eine Be-

[125] a. a. O., S. 144.

[126] Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 4.

[127] z. B. Winter, a. a. O., S. 66.

[128] a. a. O., S. 135.

vorzugung der Minderwertigen gegenüber den wertvollen, erbgesunden Volksgenossen — und auf eine solche würde die abgelehnte Ansicht hinauslaufen — ablehnt.

Das Recht aus § 46 GO. steht auch den Erben einer verstorbenen Gewerbetreibenden zu.[129] Dies ergibt sich aus der Gleichstellung der Geschlechter in der Gewerbeordnung (§ 11) und dem Sinn und Zweck des § 46 GO. ohne weiteres.

Wenn in § 46 GO. von der Witwe „oder" den minderjährigen Erben die Rede ist, so soll dies nicht bedeuten, daß eines das andere ausschließe, vielmehr ist auch ein Betrieb für Rechnung der Witwe und der minderjährigen Erben zulässig.[130]

2. Was den Inhalt des Rechts aus § 46 GO. anbetrifft, so geht er in erster Linie dahin, daß das Gewerbe für Rechnung der Witwe usw. durch einen geeigneten Stellvertreter betrieben werden dürfe. Es darf also nicht ein Pächter aufgestellt werden, da dieser das Gewerbe für eigene Rechnung ausübt.[131] Auf die in der Person des Stellvertreters erforderlichen Voraussetzungen wird unten in § 6 einzugehen sein.

Zweifellos können die Witwe und die minderjährigen Erben das Gewerbe auch in eigener Person ausüben und fortführen, wenn in ihrer Person die vorgeschriebenen Voraussetzungen gegeben sind. Fraglich ist nur, ob sie dann den Betrieb als einen Neuen anmelden (§ 14 GO.) und für ihre Person eine neue Erlaubnis erwerben müssen, oder ob ihnen auch in diesem Falle die Vergünstigungen des § 46 GO. zukommen. In Schrifttum und Rechtsprechung wird überwiegend die letztere Ansicht vertreten.[132] Wenn in dem dort angeführten preuß. Min. Reskr. vom 19. 6. 1883[133] ausgeführt wird, es sei nicht einzusehen, warum gerade eine Witwe in den Fällen des § 46 GO. von einem selbständigen Betriebe, der doch nach § 11 GO. auch den Frauen zustehen soll, ausgeschlossen sein sollte, so wird damit die Fragestellung verkannt. Denn niemand bestreitet, daß die Witwe und die minderjährigen Erben das Gewerbe in eigener Person ausüben können; strittig ist nur, ob sie dazu einer neuen formellen Erlaubnis für ihre Person bedürfen. Und dies ist m. E. zu bejahen, zwar nicht — wie Kähler[134] meint — deshalb, weil sie mit dem Verstorbenen eine juristische Einheit bilden (!) und niemand sein eigener Stellvertreter sein könne, sondern, weil der Grund ihrer Begünstigung, nämlich ihre

[129] Vgl. Winter, a. a. O., S. 63; Landmann-Rohmer, § 46, Anm. 4.

[130] Vgl. Landmann-Rohmer, § 46, Anm. 3 a.

[131] Vgl. oben § 2 III.

[132] Vgl. Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 3 und die dort Angeführten.

[133] PrMinBl. S. 222.

[134] Stellvertretung, S. 35.

Unfähigkeit zum selbständigen Betrieb eines solchen Gewerbes bei denen wegfällt, in deren Person die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis vorhanden sind. Wenn daher die Witwe oder die minderjährigen Erben den Betrieb persönlich fortsetzen, so liegt darin eine Neubegründung des Betriebs. Sie sind zur Anmeldung nach § 14 GO. verpflichtet und bedürfen einer Erlaubnis für ihre Person.[135]

Eine Entziehung der Erlaubnis nach § 53 GO. kommt gegenüber der das Gewerbe gemäß § 46 GO. betreibenden Witwe nicht in Frage[136], da in ihrer Person die Voraussetzungen und Eigenschaften, auf Grund deren die Erlaubnis erteilt wurde, von vornherein gar nicht vorhanden sein müssen, also auch nicht mit den Folgen des § 53 GO. wegfallen oder fehlen können. Dagegen ist die Witwe im Rahmen des § 151 GO. für die Uebertretungen des Stellvertreters verantwortlich, insbesondere kann ihr, wenn der Stellvertreter eine mit dem Verlust der Erlaubnis bedrohte Uebertretung mit ihrem Vorwissen begangen hat, oder wenn sie den Stellvertreter nach Begehung einer solchen Uebertretung nicht entläßt, die Befugnis aus § 46 GO. entzogen werden, § 151, Abs. 2 GO. Die minderjährigen Erben sind im Rahmen des § 151 GO. nur so weit verantwortlich, wie der minderjährige Gewerbetreibende überhaupt für Uebertretungen des Stellvertreters verantwortlich ist.[137]

Die Witwe und die minderjährigen Erben können wie jeder Gewerbetreibende die Befugnis zum Betrieb des erlaubnispflichtigen Gewerbes durch dreijährige Nichtausübung verlieren, § 49, Abs. 3 GO. Wenn in § 49, Abs. 3 GO. auch nur vom „Inhaber der Genehmigung" die Rede ist, so kann es doch als eine Frage von rein theoretischer Bedeutung dahingestellt bleiben, ob die Witwe durch den Tod des Gewerbetreibenden selbst Inhaberin der Erlaubnis wird, denn jedenfalls besteht hinsichtlich der Verjährung der Befugnis zum Betrieb eines erlaubnispflichtigen Gewerbes kein Grund zu einer bevorzugten Behandlung der Witwe und minderjährigen Erben.[138] Andererseits kann ihnen jedoch nur die Zeit zugerechnet werden, während der sie tatsächlich zur Aufnahme des Betriebs in der Lage waren, also die Zeit vom Tode des Gewerbetreibenden ab. Eine schon vor dessen Tod durch Betriebseinstellung in Lauf gesetzte Verjährungsfrist beginnt mit dem Todestag von neuem.

---

135 So auch Seydel-Scherer, Gewerbepolizeirecht, S. 46; unklar Schicker, S. 246.

136 a. A. Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 3.

137 Siehe unten § 8 III.

138 Ebenso Winter, a. a. O., S. 61.

Verfehlungen, die der Gewerbetreibende vor seinem Tode begangen hat, und die, wenn er noch leben würde, die Entziehung der Erlaubnis zur Folge hätten, können den Nachfolgern nicht zum Nachteil zugerechnet werden[139], da ein Bedürfnis zur Ausscheidung des ungeeigneten Unternehmers nicht mehr besteht.

3. Dasselbe wie für die Witwe und die minderjährigen Erben des Gewerbetreibenden gilt nach § 46, Satz 2 GO. „während der Dauer eine Kuratel oder Nachlaßregulierung". Nach dieser Bestimmung kann das Gewerbe für Rechnung des Nachlasses durch einen im Besitz der erforderlichen Eigenschaften befindlichen Stellvertreter fortgeführt werden, solange eine gerichtliche oder außergerichtliche Auseinandersetzung noch nicht stattgefunden hat oder noch nicht beendet ist, ohne daß es einer neuen Erlaubnis bedarf. Die entstandenen Zweifel darüber, ob dies auch für die Fälle des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung gilt[140], sind für den Handwerksbetrieb durch § 6, Abs. 2 der 3. HandwVO. dahin aufgeklärt worden, daß Nachlaßverwalter, Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker den Betrieb fortführen dürfen, auch wenn sie nicht im Besitze der nach § 3, Abs. 1 erforderlichen Meisterprüfung sind; sie müssen aber ebenso wie die Witwe und die minderjährigen Erben des Handwerkers innerhalb eines Jahres seit dem Tode des Handwerkers mit der Leitung des Betriebes einen im Besitze der Meisterprüfung befindlichen Handwerker beauftragen (§ 6, Abs. 3 der 3. HandwVO.). Der Gesetzgeber bringt in dieser Bestimmung zum Ausdruck, daß unter einer „Nachlaßregulierung" im Sinne des § 46 GO. die Nachlaßverwaltung, Nachlaßpflegschaft oder Testamentsvollstreckung verstanden sein soll, und zwar nicht nur für den Handwerksbetrieb, sondern im Wege entsprechender Anwendung für den ganzen Geltungsbereich des § 46 GO. Damit ist auch klargestellt, daß im Falle des Nachlaßkonkurses der Konkursverwalter nicht zur Fortführung des Betriebs ohne neue Erlaubnis befugt ist. Dies ist damit zu erklären, daß der Zweck des § 46 GO. und des § 6 der 3. HandwVO. die Erhaltung des Gewerbebetriebs für einen der Erben ist, während im Gegensatz dazu der Nachlaßkonkurs auf die Auflösung des Betriebs zum Zweck der Befriedigung der Nachlaßgläubiger abzielt.

Schließlich hat noch die Frage, was unter „Kuratel" im Sinne des § 46, Satz 2 GO. zu verstehen sei, zu verschiedenen Ansichten geführt. Die einen sind der Ansicht, hier sei die Kuratel (Pflegschaft und Vormundschaft) über den Gewerbetreibenden selbst gemeint[141], während andere darunter eine solche über die Erben des

[139] Ebenso Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 3; Winter, a. a. O., S. 49.

[140] Verneinend Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 8.

[141] Vgl. Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 7; Schicker, S. 247, Schultzenstein, a. a. O. S.

Gewerbetreibenden verstehen.[142] Wir entscheiden uns für die erstere Ansicht, weil der Fall einer Pflegschaft oder Vormundschaft über die Erben schon unter die Bestimmung des § 46, Satz 1 GO. fällt, es somit einer besonderen Erwähnung nicht bedurft hätte, und weil nur für die Kuratel über den Gewerbetreibenden der Satz 2 des § 46 GO. eine einleuchtende Bedeutung hat. Denn wohl ist — worauf von der Gegenseite hingewiesen wird — eine Kuratel im Sinne einer Stellvertretung des Gewerbetreibenden schon nach § 46 GO. zulässig, aber der unter Pflegschaft oder Vormundschaft gestellte Gewerbetreibende wird infolge Verlustes der erforderlichen Eigenschaften regelmäßig die Erlaubnis verlieren, und dann greift § 46, Satz 2 GO. ein, der trotzdem die Fortführung des Betriebs durch einen die erforderlichen Eigenschaften besitzenden Vormund, Pfleger oder Stellvertreter auf Rechnung des Mündels gestattet. Wir begreifen also den § 46, Satz 2 GO., ebenso wie § 46, Satz 1 als eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß bei den erlaubnispflichtigen Gewerben nur dann eine Stellvertretung zulässig ist, wenn der Vertretene selbst im Besitze der Erlaubnis ist.

4. Eine reichsgesetzliche Sonderregelung besteht — wie schon erwähnt — für die Witwe und die minderjährigen Erben des Handwerkers und des Apothekers.

a) Der Witwe und den minderjährigen Erben des Handwerkers gestattet § 6 der 3. HandwVO. die Fortsetzung des Handwerksbetriebs, auch wenn sie die Meisterprüfung nicht abgelegt haben, und zwar können sie zunächst ein Jahr lang, vom Tode des Gewerbetreibenden ab gerechnet, das Handwerk in eigener Person ausüben, ohne eines Stellvertreters, der die Meisterprüfung bestanden hat, zu bedürfen. Spätestens nach Ablauf dieser Frist muß jedoch der Betrieb von einem Handwerker geleitet werden, der die Meisterprüfung bestanden hat. Dies kann entweder ein Stellvertreter sein, oder auch die Witwe selbst, wenn sie die Meisterprüfung bestanden hat. Einer der minderjährigen Erben dürfte nicht in Frage kommen, da Minderjährige in der Regel die Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung nicht erfüllen können.

Die Rechte und Pflichten aus der Innungsmitgliedschaft mit Ausnahme des Stimmrechts gehen auf die Witwe oder minderjährigen Erben über, wenn sie von der Befugnis zur Fortführung des Handwerksbetriebs Gebrauch machen, § 10 der 1. HandwVO. Auch das Stimmrecht kann durch die Satzung der Witwe oder dem Stellvertreter eingeräumt werden.

[142] Vgl. Winter a.a.O. S. 55 ff. mit ausführlicher Darstellung der verschiedenen Ansichten; außerdem Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht S. 46 mit Note 17.

b) Oeffentliche Apotheken, die auf Grund landesrechtlicher Bestimmungen für Rechnung der Witwe oder der minderjährigen Kinder des verstorbenen Inhabers weitergeführt werden dürfen, müssen nach § 1 ApothVerpG. während der Dauer dieser Zeit an einen approbierten Apotheker verpachtet werden. Sie können jedoch während eines Zeitraums bis zu 6 Monaten, gerechnet von dem auf den Todestag des Inhabers folgenden Monatsersten an durch einen approbierten Apotheker verwaltet werden, § 2 ApothVerpG. Bevorzugt sind hier im Gegensatz zu § 46 GO. nur die minderjährigen Kinder des Inhabers, nicht dessen sonstige Erben, und zwar die Kinder, auch wenn sie nicht Erben sind. Wenn Landesrecht in Anlehnung an § 46 GO. den minderjährigen Erben die Fortführung der Apotheke gestattet, so ist eine solche landesrechtliche Bestimmung nunmehr durch Reichsgesetz auf die minderjährigen Kinder beschränkt; andererseits sind in diesem Falle die Kinder nur dann bevorzugt, wenn sie zugleich Erben sind, denn das ApothVerpG. will den Kreis der auf Grund landesrechtlicher Bestimmungen zur Fortführung der Apotheke ermächtigten Personen auf keinen Fall erweitern.

Für Württemberg sind solche Bestimmungen enthalten in der WürttVO. über die Apothekenberechtigungen vom 13. 12. 1933[143], die insoweit noch in Geltung ist.[144] Sie unterscheidet zwischen persönlichen und dinglichen Apothekenberechtigungen. Soweit sie Fristen festgesetzt für die zulässige Dauer einer Verwaltung für Rechnung der Witwe und der minderjährigen Kinder, die über die durch das ApothVerpG. festgesetzten Fristen hinausgehen, ist sie außer Kraft gesetzt (Art. 9 der 1. DVO. z. ApothVerpG.). In Geltung sind aber noch die Bestimmungen über die zur Fortführung berechtigten Personen, sofern sie die Witwe und die minderjährigen Kinder betreffen. Danach kann die Witwe eines persönlich berechtigten Apothekers während ihres Witwenstandes das von ihrem Gatten hinterlassene Apothekergewerbe fortsetzen, § 3. Die Befugnis steht der Witwe allein zu; die Kinder des persönlich berechtigten Apothekers sind also von der Befugnis ausgeschlossen, wenn die Ehefrau des Apothekers diesen überlebt. Hinterläßt dagegen der Apotheker keine Witwe, sondern nur minderjährige oder teils minderjährige, teils volljährige Kinder, so dürfen die minderjährigen Kinder die Apotheke während der Zeit von drei Jahren nach dem Tode des Apothekers fortführen, § 4, Abs. 1. Innerhalb dieses Zeitraums dürfen sie auch eine zunächst von der während dieser Zeit verstorbenen Witwe fortgeführte Apotheke übernehmen und fortführen; die dreijährige Frist läuft in diesem Falle nicht vor 6 Monaten nach dem Tode der

[143] WRegBl. 1933, S. 433.

[144] Vgl. oben § 4 III.

Witwe ab, § 4 Abs. 2. Hinterläßt der persönlich berechtigte Apotheker weder Witwe noch minderjährige Kinder, so ist die Apotheke binnen 6 Monaten nach seinem Tode aufzulösen, § 4 Abs. 3.

Die dingliche Apothekenberechtigung stellt an sich ein vererbliches Vermögensrecht dar und fällt als solches den bürgerlichrechtlichen Erben zu. Zu Gunsten der Witwe des dinglich berechtigten Apothekers gilt hiervon eine Ausnahme: sie kann, auch wenn sie nicht Erbin ist, die Apotheke durch einen approbierten Apotheker auf ihre Rechnung verwalten lassen (§ 6 der WürttVO.). Hinterläßt der dinglich berechtigte Apotheker keine Witwe, so sind die minderjährigen Kinder, sofern sie Erben sind, auf die Dauer von 3 Jahren zur Fortführung durch einen approbierten Apotheker berechtigt. Ueber diese dreijährige Frist hinaus kann die Apotheke nur dann für Rechnung eines Kindes verwaltet werden, wenn es sich schon zur Zeit des Erbfalls oder sonstigen Erwerbs der Berechtigung dem Apothekerberuf gewidmet hatte; in diesem Falle ist die Verwaltung zulässig, bis das Kind die Approbation als Apotheker erlangt (§ 6 Abs. I Ziff. 2 b, Abs. III a WürttVO.).

III. Die juristischen Personen und die nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen als Unternehmer erlaubnispflichtiger Gewerbe.

1. Es war lange Zeit eine der praktisch bedeutsamsten Streitfragen des Gewerberechts, ob eine juristische Person Inhaber eines erlaubnispflichtigen Gewerbebetriebs sein könne.[145] Ihrer Natur nach kann eine juristische Person selbst die persönlichen Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung (z. B. Zuverlässigkeit, Befähigungsnachweis oder fachliche Vorbildung) nicht erfüllen. Daraus ist geschlossen worden, daß juristische Personen zum Betrieb erlaubnispflichtiger Gewerbe nicht zugelassen seien.[146] Dem durch die gesamte Wirtschaftsentwicklung hervorgerufenen unabweisbaren Bedürfnis folgend haben jedoch Wissenschaft und Praxis bald überwiegend den Betrieb eines erlaubnispflichtigen Gewerbes durch eine juristische Person für zulässig erklärt.[147] Heute kann über die Zulässigkeit an sich kein Zweifel mehr bestehen, nachdem sie in verschiedenen Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannt ist; die Entscheidung dieser Frage durch den Gesetzgeber hat schon das Gaststättengesetz in § 1, Abs. 1, Satz 2 gebracht: „Die Erlaubnis kann

[145] Vgl. Landmann-Rohmer, § 1 Anm. 5, § 45 Anm. 2 a; Kähler, Stellvertretung, S. 38 ff.

[146] So noch Fleiner, S. 162.

[147] Vgl. Kähler, a. a. O.; Winter, Stellvertreter, S. 29 ff. Landmann-Rohmer, 8. Aufl. § 33 Anm. 6; Entsch. d. Württ. InnMin. v. 23. 7. 1906, MinAmtsBl., Seite 287.

auch juristischen Personen sowie nichtrechtsfähigen Vereinen erteilt werden." Dieselbe Bestimmung enthält das Milchgesetz in § 14 Abs. 2, und selbstverständlich läßt das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels Ausnahmen von dem Verbot der Errichtung neuer Verkaufsstellen auch für juristische Personen zu, wenn in Ziff. I der DVO. vom 23. 7. 1934 Sachkunde und Zuverlässigkeit von dem Unternehmer oder der für die Leitung des Unternehmens in Aussicht genommenen Person verlangt wird; schließlich können nach der 3. HandwVO. juristische Personen auch in die Handwerksrolle eingetragen werden (§§ 1, 5).

Wenn somit die Möglichkeit des Betriebs erlaubnispflichtiger Gewerbe durch juristische Personen heute grundsätzlich anerkannt ist, so fragt es sich weiter, wer bei der juristischen Person die persönlichen Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung erfüllen muß. Die juristische Person kann als solche weder die vorgeschriebenen persönlichen Eigenschaften haben, noch die mit der Erlaubnis erworbenen Befugnisse selbst ausüben. Um diese Hindernisse zu beseitigen, stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung:

1. Man könnte zu Gunsten der juristischen Person eine Ausnahme von dem Grundsatz zulassen, daß nur derjenige, der selbst die Erlaubnis inne hat, das Gewerbe durch Stellvertreter betreiben kann. Dies könnte dadurch geschehen, daß der mit der Leitung des Betriebs Beauftragte (der gesetzliche oder satzungsmäßige Stellvertreter) die Erlaubnis erwirbt und durch diese Erlaubnis der Mangel einer eigenen Erlaubnis der juristischen Person geheilt wird. Bei dieser Lösung wären Unternehmer (Träger des Betriebsrisikos) und Träger der Erlaubnis verschiedene Rechtssubjekte. Unternehmer wäre die juristische Person und Träger der Erlaubnis der Stellvertreter.

2. Es kann aber auch der juristischen Person gestattet werden, die persönlichen Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung, die sie ihrer Natur nach nicht erfüllen kann, durch eine natürliche Person, den Stellvertreter, zu erfüllen und dadurch selbst die Erlaubnis zu erlangen. Die Ausübung der durch die Erlaubnis erworbenen Befugnisse geschieht dann durch diesen Stellvertreter oder dessen Nachfolger.

Mit der angeführten Bestimmung des Gaststättengesetzes, die übrigens im ursprünglichen Regierungsentwurf nicht enthalten war und nach dem Beschluß des Reichsrats diese Frage entscheiden sollte[148], hat sich der Gesetzgeber eindeutig für die zweite Möglichkeit entschieden, indem er die juristische Person selbst zum Träger der Erlaubnis machte. Wo es allerdings auf die persönlichen Versagungsgründe der Erlaubnis ankommt, sollen als Antragssteller bei juristischen Personen die vertretungsberechtigten

[148] Vgl. Michel, Gaststättengesetz, § 1 Anm. II, 2.

Personen gelten; die vertretungsberechtigten Personen sollen m. a. W. die persönlichen Voraussetzungen an Stelle der juristischen Person erfüllen, die juristische Person selbst aber die Erlaubnis erhalten.

Der Unterschied zwischen dieser Auffassung und der unter Ziff. 1 dargestellten wird besonders augenfällig und praktisch bedeutsam, wenn ein Wechsel in den vertretungsberechtigten Personen eintritt. In diesem Falle verliert nach geltendem Recht die juristische Person ihre Erlaubnis nicht. Dies hat zur Folge, daß sie das Gewerbe weiter betreiben kann, und zwar in den Fällen, in denen das Gesetz eine besondere Stellvertretererlaubnis vorsieht (z. B. § 6 GastStG., § 1 MetallverkG.) durch einen im Besitz einer solchen befindlichen Stellvertreter, in den Fällen, in denen eine solche nicht verlangt wird, insbesondere im Falle des § 45 GO. durch jeden, der die persönlichen Voraussetzungen erfüllt.

Wenn nach dem Gaststättengesetz die persönlichen Voraussetzungen der Erlaubniserteilung an juristische Personen bei den vertretungsberechtigten Personen vorliegen müssen, so darf daraus nicht geschlossen werden, daß es auch bei anderen Gewerben stets auf die persönlichen Eigenschaften gerade dieser Personen ankomme. Eine solche Auffassung wäre mit dem Zweck der Erlaubnispflicht nicht vereinbar, der darin besteht, zum Schutze der Allgemeinheit und der Wettbewerber ungeeignete oder unzuverlässige Personen von der Ausübung der betreffenden Gewerbe fernzuhalten. Diesem Zweck entsprechend kommt es für das Gewerberecht hinsichtlich der Zuverlässigkeit und Eignung bei der juristischen Person viel weniger gerade auf die gesetzlichen Vertreter an, als vielmehr überhaupt auf diejenigen, welche den Gewerbebetrieb tatsächlich und rechtlich leiten, auf die Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts.

Daher stellen auch die meisten reichsrechtlichen Vorschriften, sofern sie Bestimmungen über die Ausübung des erlaubnispflichtigen Betriebs durch juristische Personen enthalten, ab auf die Eigenschaften des Leiters des Betriebs. Hierzu seien einige Beispiele angeführt:

Nach § 14 Abs. 5 MilchG. darf die Erlaubnis juristischen Personen und nichtrechtsfähigen Vereinen nur erteilt werden, wenn der Leiter des Unternehmens die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt.

§ 114 VersAufsG. verlangt die Zuverlässigkeit der verantwortlichen Geschäftsleiter.

Nach § 4 Abs. 1 KreditwG. darf die Erlaubnis versagt werden, wenn die Geschäftsleiter des Kreditinstituts oder die Leiter von Zweigstellen nicht ehrbar oder fachlich nicht genügend vorgebildet sind oder die für den Betrieb der Unternehmung oder des Betriebsteils, den sie zu leiten haben, sonst noch erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen nicht besitzen.

Ziff. I der DVO. vom 23. 7. 1934 zum Einzelhandelsschutzgesetz bestimmt, daß Ausnahmen von dem Verbot der Errichtung von Verkaufsstellen nur zugelassen werden sollen, wenn der Unternehmer oder die für die Leitung des Unternehmens in Aussicht genommene Person die erforderliche Sachkunde und Zuverlässigkeit besitzen.

Nach § 1 ViehhandelsVO. müssen Betriebsinhaber und Betriebsleiter des Viehhandelsbetriebs ihre persönliche und sachliche Eignung nachweisen.

Schließlich ermächtigt nach § 3 der 1. DVO. zum RechtsberG. bei juristischen Personen, sowie offenen Handelsgesellschaften und ähnlichen Vereinigungen die Erlaubnis nur zur Berufsausübung durch die in der Erlaubnis namentlich bezeichneten Personen; daher ist in dem Gesuch anzugeben, welche gesetzlichen Vertreter oder leitenden Angestellten die Rechtsbesorgung tatsächlich ausüben sollen.

In Wirklichkeit verlangt auch das Gaststättengesetz das Vorliegen der persönlichen Eigenschaften bei den Personen, die das Gewerbe tatsächlich ausüben, nämlich den Stellvertretern im Sinne des Gewerberechts. Wird nämlich der Betrieb von anderen als den vertretungsberechtigten Personen, deren Eigenschaften schon bei der Erlaubniserteilung geprüft wurden, geführt, so bedarf es einer besonderen Stellvertretererlaubnis (§ 6 Abs. 4 GaststG.).

Diejenigen Gewerbe, von deren Betrieb eine juristische Person kraft Gesetzes oder ihrer Natur nach ausgeschlossen ist, kann die juristische Person selbstverständlich auch nicht durch ihre gesetzlichen Vertreter oder einen sonstigen Stellvertreter auf ihre Rechnung mit öffentlichrechtlicher Wirkung betreiben. Kraft Gesetzes sind z. B. die juristischen Personen ausgeschlossen vom Versteigerergewerbe (§ 1 Abs. 2 VerstG.), ihrer Natur nach z. B. vom Schornsteinfegergewerbe und vom Hebammengewerbe.

2. Was die Personenvereinigungen ohne Rechtsfähigkeit, also insbesondere den nichtrechtsfähigen Verein, die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, sowie die Gemeinschaften anbetrifft, so können sie in ihrer Gesamtheit weder Inhaber eines Gewerbebetriebs, noch Träger einer Erlaubnis sein, es sei denn, daß einzelne Gesetze Ausnahmen ausdrücklich zulassen. Inhaber eines von einer solchen Gemeinschaft betriebenen Gewerbebetriebs sind alle Mitglieder bzw. Gesellschafter oder Teilhaber, daher muß in der Regel die Erlaubnis von jedem Mitglied für seine Person erworben werden. Für die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte hat das Württ. InnenMin. schon am 23. 7. 1906[149] dahin entschieden, daß sie ein persönliches Recht sei, ein solches Recht aber nur einer einzelnen Person (physischen oder juristischen) erteilt werden könne und seiner Natur nach eine Teilung unter mehrere Personen oder einen Gesamtbesitz einer Gemeinschaft nicht vertrage. Zweifelhaft ist, ob alle Mitglieder der Personenver-

[149] AmtsBl. des Württ. InnenMin. 1906, S. 289.

einigungen die Erlaubnis erwerben müssen, oder ob es genügt, wenn ein oder mehrere Mitglieder sich die Erlaubnis erteilen lassen. In der genannten Entscheidung des Württ. InnenMin. wird darüber ausgeführt, es genüge, wenn ein oder mehrere Mitglieder der Gesellschaft sich die persönliche Wirtschaftsberechtigung erteilen lassen, daß alle Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft das Wirtschaftsrecht erwerben, sei nicht nötig. Aehnlich, wenn auch nicht ganz eindeutig, heißt es in der Begründung der Regierungsvorlage zum Gaststättengesetz[150], bei den Personenvereinigungen ohne Rechtsfähigkeit mit Ausnahme des nichtrechtsfähigen Vereins werden je nach den besonderen Verhältnissen alle oder einzelne Gesellschafter die Erlaubnis erwerben müssen. Dieser Standpunkt kann weder für den Geltungsbereich des Gaststättengesetzes, noch für andere erlaubnispflichtige Gewerbe gebilligt werden. Würde man zulassen, daß ein im Besitz der Erlaubnis befindlicher Teil der Mitglieder oder ein besonderer Stellvertreter das erlaubnispflichtige Gewerbe auf Rechnung, bei der offenen Handelsgesellschaft auch unter der Firma (§ 124 HGB.) der Personenvereinigung, also auch der nicht im Besitz der Erlaubnis befindlichen Mitglieder betreibt, so käme dies einer Abweichung von dem Grundsatz gleich, daß die Stellvertretung nur dann eine rechtmäßige sei, wenn und solange sich der Vertretene im Besitze der Erlaubnis befindet. Zu einer solchen Abweichung zu Gunsten der nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen besteht aber kein Anlaß. Eine derartige Möglichkeit würde der Umgehung der Erlaubnispflicht und dem Eindringen unzuverlässiger Elemente und unerwünschter Betriebsformen in die betreffenden Gewerbe Tür und Tor öffnen. Zutreffend führt das Preuß. OVG.[151] aus: „Befindet sich unter den Gesellschaftern eine Person, die keine Erlaubnis besitzt, so ist der Betrieb kein rechtmäßig ausgeübter, sondern hat als ein ohne Erlaubnis begonnener i. S. des § 22, Abs. 1 GastStG. zu gelten". Bei den nach der Gewerbeordnung erlaubnispflichtigen Gewerben macht sich das Mitglied der nichtrechtsfähigen Personenvereinigung oder der besondere Stellvertreter, die das Gewerbe für Rechnung der Personenvereinigung betreiben, obwohl nicht alle Mitglieder im Besitze der Erlaubnis sind, strafbar nach § 147, Ziff. 1 in Verb. mit § 151, Abs. 1, Satz 1 GO., wie der Stellvertreter der für Rechnung eines Nichtberechtigten ein erlaubnispflichtiges Gewerbe betreibt.

Verschiedene Reichsgesetze lassen die Erteilung der Erlaubnis an nichtrechtsfähige Vereine zu; so insbesondere § 1, Abs. 1 GastStG., § 14 Abs. 2 MilchG., § 2 Abs. 4, Satz 2 MetallverkG. (Letzteres an alle Personenvereinigungen ohne Rechtsfähigkeit.)

150 RTH., Druckf. Nr. 347, S. 11, zu § 1.

151 Goltd. A. 32, S. 122.

Dies entspricht der in der bürgerlichrechtlichen Praxis herrschenden Tendenz einer Angleichung der Rechtsstellung des nichtrechtsfähigen Vereins an die des rechtsfähigen Vereins und der Erwägung, daß auch der nichtrechtsfähige Verein wie die juristische Person eine körperschaftliche Bildung darstelle und vom Wechsel der Mitglieder unabhängig sei.[152] Wo solche gesetzliche Vorschriften jedoch nicht bestehen, ist die Erteilung einer Erlaubnis an nichtrechtsfähige Vereine nicht zulässig.

§ 6: Die Voraussetzungen in der Person des Stellvertreters.

I. Die allgemeinen Erfordernisse.

Die Voraussetzungen, die in der Person der Stellvertreter vorliegen müssen, umschreibt der zweite Satz des § 45 GO. allgemein dahin, daß sie „den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen müssen". Im Entwurf von 1869 hatte dieser Satz gelautet: „Diese müssen jedoch nicht nur den für den selbständigen Gewerbebetrieb im allgemeinen, sondern auch den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen". Die Worte, welche die Erfüllung der für den selbständigen Gewerbebetrieb *im allgemeinen* vorgeschriebenen Erfordernisse auch vom Stellvertreter verlangten, wurden vom Reichstag gestrichen, offenbar auf Grund der Ansicht, sie seien überflüssig, weil diese Erfordernisse für den Stellvertreter sich schon aus anderen Bestimmungen als selbstverständlich ergeben.[153] Diese Entstehungsgeschichte zeigt, daß es falsch wäre, wenn man aus der heutigen Fassung durch Umkehrschluß schließen wollte, daß der gewerbliche Stellvertreter nicht den allgemeinen Erfordernissen zu genügen brauche.[154] Der Stellvertreter unterliegt vielmehr sowohl denjenigen allgemeinen polizeilichen und gesetzlichen Vorschriften, welche durch die Gewerbeordnung nicht berührt werden (vgl. § 5 GO.), wie auch den allgemeinen gewerbepolizeilichen Erfordernissen für den selbständigen Gewerbebetrieb; letzteres ergibt sich aus § 151 GO.

Allgemeine gewerbepolizeiliche Erfordernisse, wie z. B. die Volljährigkeit oder männliches Geschlecht kennt jedoch die Gewerbeordnung nicht. Von einigen allgemeinen *Pflichten* wird im III. Teil bei den Rechtswirkungen der Stellvertretung die Rede sein.

[152] Vgl. Begr. zum Entw. des GastStG., RTV. a. a. O.

[153] Vgl. Landmann-Rohmer § 45 Anm. 1; Winter, Stellvertreter S. 16.

[154] So Winter a. a. O. S. 17.

II. Die besonderen Erfordernisse.

1. Erlaubnisfreie Stellvertretung oder förmliche Erlaubnis?

Unter den „für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen" sind, da § 45 GO. nur von der Stellvertretung im stehenden Gewerbebetrieb handelt, die im II. Abschnitt (Tit. II, Ziff. 2) unter der Ueberschrift „Gewerbetreibende, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen" aufgestellten besonderen persönlichen Voraussetzungen für den Betrieb bestimmter Gewerbe zu verstehen. Die Genehmigung, die durch Verwaltungsverfügung der zuständigen Behörde erteilt wird, ist in der Gewerbeordnung als Approbation (§ 29 GO.) und Erlaubnis (§§ 32, 33 a, b, c, d GO.) oder Konzession (§ 30 GO.) bezeichnet. Zum Betrieb einiger ebenfalls an dieser Stelle in der Gewerbeordnung aufgeführter Gewerbe ist lediglich der Besitz eines Prüfungs- oder Befähigungszeugnisses erforderlich, ohne daß es zur Zulassung noch eines Verwaltungsaktes bedarf; dies ist der Fall bei Hebammen (§ 30 Abs. 3 GO.), Hufschmieden (§ 30 a GO.), Orthopädie-Schuhmachermeistern (§ 30 b) und dem in § 31 GO. bezeichneten Schiffspersonal.

Es fragt sich nun, ob auch der Stellvertreter einer formellen, durch Verwaltungsverfügung zu erteilenden Genehmigung, bzw. eines Befähigungszeugnisses bedarf oder ob es genügt, wenn er die persönlichen Eigenschaften, die das Gesetz verlangt, tatsächlich erfüllt, m. a. W., ob in § 45 GO. die förmlichen Erfordernisse (Erlaubnis, Konzession, Approbation) gemeint sind oder die sachlichen (Zuverlässigkeit, fachliche Vorbildung usw.). Diese Frage war im Anfang der Geltungszeit der Gewerbeordnung heftig umstritten. Sie wurde für die Erlaubnis früher überwiegend dahin entschieden, daß der Stellvertreter einer besonderen förmlichen Erlaubnis bedürfe[155]; für diese Ansicht spricht der Wortlaut des § 45 GO., insbesondere seine Aehnlichkeit mit der bereits erwähnten Ueberschrift vor §§ 29 ff. GO. Später kam, hauptsächlich im Anschluß an ein Urteil des Reichsgerichts vom 20. 5. 1880[156] die entgegengesetzte Auffassung zur Herrschaft, die dahin geht, daß es genüge, wenn der Stellvertreter die sachlichen Erfordernisse erfülle. Zur Begründung dieser Ansicht wurde darauf hingewiesen, daß die Gewerbeordnung die möglichste Erleichterung der Stellvertretung bei Ausübung des stehenden Gewerbes erstrebe, daß § 147, Ziff. 1 GO. keine Strafandrohung für denjenigen enthalte, der ohne förmliche Erlaubnis die Stellvertretung übernehme, daß in

[155] Vgl. die bei Winter, Stellvertretung, S. 23 angeführten verwaltungsgerichtlichen Urteile.

[156] RGSt. 1, S. 434.

§ 151 GO. nur dem Geschäftsinhaber, nicht dem Stellvertreter die Entziehung der Erlaubnis angedroht sei, und daß schließlich in § 47 GO. ausnahmsweise die Zulassung eines Stellvertreters der zuständigen Behörde von Fall zu Fall anheimgestellt sei. Diese Auslegung wurde für das Wirtschaftsgewerbe von größter Bedeutung. Die nicht genehmigungspflichtige Stellvertretung wurde dazu mißbraucht, daß Personen, die bei einer der Erlaubniserteilung vorhergehenden genauen Nachprüfung ihrer persönlichen Eigenschaften die Erlaubnis nicht erhalten hätten, die Wirtschaft als Stellvertreter eines Erlaubnisinhabers, insbesondere einer Brauerei betrieben, obwohl der Betrieb in Wirklichkeit auf ihre eigene Rechnung ging.[157] So führte die erlaubnisfreie Stellvertretung vielfach zu einer Vereitelung der mit dem Erlaubniszwang beabsichtigten Zwecke und zum Eindringen unzuverlässiger, meist infolge wirtschaftlicher Abhängigkeit zu unlauterer Betriebsführung veranlaßter Elemente.[158]

Diese Mißstände haben den Gesetzgeber veranlaßt, durch Reichsgesetze für verschiedene erlaubnispflichtige Gewerbe das Erfordernis einer besonderen Stellvertretererlaubnis einzuführen. Der Anfang wurde gemacht mit dem Gaststättengesetz (§ 6). Damit, daß der Gesetzgeber für einzelne Gewerbe das Erfordernis einer besonderen förmlichen Stellvertreter-Erlaubnis eingeführt hat, hat er jedoch auch den Standpunkt der Lehre und Praxis anerkannt, daß bei den übrigen erlaubnispflichtigen Gewerben der Stellvertreter einer solchen förmlichen Erlaubnis *nicht* bedürfe.

2. Ausnahmen von der Erlaubnisfreiheit der Stellvertretung.

Abgesehen von den unter III zu besprechenden Gewerben, für die durch Reichsgesetze eine besondere Stellvertreter-Erlaubnis vorgeschrieben ist, genügt das Vorhandensein der sachlichen Voraussetzungen für den Stellvertreter dann nicht, wenn ein Berufstitel mit der Erlaubnis erworben wird, oder wenn kraft gesetzlicher Vorschrift eine gewerbliche Tätigkeit nur von einer Person ausgeführt werden kann, welche die formellen Voraussetzungen erfüllt hat.

a) Gegenstand der Erlaubnispflicht kann nicht oder nicht nur die Ausübung der Befugnisse zum Gewerbebetrieb, sondern daneben oder allein die Führung eines *Titels* sein. In dieser Weise sind Berufsbezeichnungen geschützt, welche geeignet sind, den Glauben zu erwecken, die den Titel führende Person verdiene besonderes Vertrauen, da sie ihre berufliche Eignung nachgewiesen

[157] Vgl. v. Köhler, Grundlehren S. 237.

[158] Vgl. Begr. zum Entw. des GaststG. RTV. a.a.O. S. 13.

habe. Man pflegt solche, mit Rücksicht auf den Beruf zustehende Titel als „Berufstitel" zu bezeichnen, zum Unterschied von den den Beamten zukommenden Amtstiteln, und den auf Grund des Gesetzes über Titel, Orden und Ehrenzeichen vom 1. 7. 1937 verliehenen oder anerkannten Ehrentiteln. Jeder, der in Beziehung auf seine Person einen Berufstitel führen will, bedarf der formellen Genehmigung (Approbation, Bestallung) ohne Rücksicht darauf, ob er auf eigene oder auf fremde Rechnung tätig ist. Die Gewerbeordnung kennt, nachdem § 29, welcher die ärztlichen Titel unter den Schutz der Strafbestimmung des § 147, Abs. 1, Ziff. 3 GO. gestellt hatte, durch die Reichsärzteordnung insoweit außer Kraft gesetzt worden ist (§ 85 RÄerzteO.), als Berufstitel, der an die Erfüllung einer formellen Voraussetzung geknüpft ist, nur noch den Meistertitel: Jeder, der den Meistertitel in Verbindung mit der Bezeichnung eines Handwerks führen will, muß die Meisterprüfung für dieses Handwerk bestanden haben (§§ 133 Abs. 1, 148 Abs. 1 Ziff. 9 c GO.).

Dagegen sind in verschiedenen gewerberechtlichen und berufsrechtlichen Sondergesetzen Bestimmungen enthalten, welche die Berechtigung zum Führen von Berufstiteln oder Berufsbezeichnungen von der Erfüllung formeller Voraussetzungen abhängig machen:

Die Befugnis zur Führung der Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt" ist abhängig von der Zulassung als Rechtsanwalt (§ 1 RechtsanwO.).

Als „Rechtsbeistand" darf sich nur derjenige bezeichnen, der als Prozeßagent nach § 157 Abs. 3 ZPO. oder zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nach Art. 1 § 1 des Rechtsberatergesetzes zugelassen ist (§ 4 der 2. AVO. zum RechtsberG.).

Ebenso dürfen nur solche Personen, denen vom Finanzamt die Erlaubnis erteilt ist, geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen zu leisten, die Bezeichnung „Helfer in Steuersachen" führen (§ 107 a RAO. i. d. Fassung des Art. 2 § 1 RechtsberG.).

Nur die Bestallung als Arzt berechtigt zur Ausübung der Heilkunde unter der Bezeichnung als „Arzt" (§ 2 Abs. 1 RÄerzteO.). Dasselbe gilt für die Bezeichnung als „Tierarzt" (§ 2 RTierärzteO.).

Als vereidigter und öffentlich bestellter Versteigerer" dürfen sich nur die nach § 7 des Versteigerergesetzes vereidigten und öffentlich bestellten Versteigerer bezeichnen (§ 19 VerstVorschr.).

Als „Wirtschaftsprüfer" darf sich nur bezeichnen, wer in die Liste der Wirtschaftsprüfer eingetragen ist (§ 147 Ziff. 3 a GO.), und als „Schriftleiter" nur, wer in die Berufsliste der Schriftleiter eingetragen ist (§§ 1, 8 SchriftlG.).

Alle diese Berufstitel und Bezeichnungen fallen, soweit nicht durch besondere Strafbestimmungen ihr unbefugter Gebrauch unter Strafe gestellt ist, unter den strafrechtlichen Schutz des § 360 Ziff. 8 RStGB.[159] Dabei ist auch derjenige strafbar, der zwar die sachlichen Eigenschaften für die Erteilung der Erlaubnis (z. B. fachliche Vorbildung, Fähigkeit zum Richteramt, Zuverlässigkeit,

[159] Vgl. Schwarz, RStGB. § 360 Anm. 8.

längere Berufstätigkeit und dergl.) besitzt, aber nicht die formellen Voraussetzungen, die erst zur Führung der Berufsbezeichnung oder des Berufstitels berechtigen (z. B. Prüfungszeugnis, Zulassung, Bestallung, Eintragung in eine Liste) erfüllt hat. In der Führung dieser Berufstitel und Bezeichnungen kann es keine Stellvertretung geben, da sie der Oeffentlichkeit bescheinigen sollen, daß gerade derjenige, der sie führt, seine Befähigung zu dem betreffenden Gewerbe oder Beruf vor der zuständigen Behörde nachgewiesen habe. Bei diesen Gewerben muß also auch der Stellvertreter, sofern er sich des Titels bedienen will, die formellen Voraussetzungen hierzu erfüllen.

b) Es gibt ferner einige Gewerbe, die überhaupt nur derjenige ausüben darf, sei es selbständig, sei es als Stellvertreter, der die vorgeschriebenen förmlichen Erfordernisse erfüllt hat. Hier seien folgende Beispiele angeführt: Die Geburtshilfe durch Frauen; sie darf nur durch im Besitze des nach § 30, Abs. 4 GO. vorgeschriebenen Prüfungszeugnisses befindliche Frauen vorgenommen werden.[160] Ferner die Verwaltung einer Apotheke, welche nur durch einen approbierten Apotheker erfolgen darf (§ 2 ApothverpG.)[161] und die Ausbildung von Kraftfahrzeugführern, welche nur durch im Besitze einer Ausbildungserlaubnis befindliche Fahrlehrer geschehen darf (§§ 1, 9 KraftfAusbVO.). Ferner gehört hierher die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten; das Rechtsberatergesetz und die dazu ergangenen Verordnungen enthalten zwar keine Bestimmung des Inhalts, daß sich ein Rechtsbeistand in der Ausübung rechtsberatender Tätigkeit durch einen nicht im Besitze der Erlaubnis befindlichen Stellvertreter nicht vertreten lassen könne. Dieser Schluß muß jedoch aus den §§ 3, 10 der 1. AVO. gezogen werden, welche für juristische Personen bestimmen, die Erlaubnis ermächtige nur zur Berufsausübung durch die in der Erlaubnis namentlich bezeichneten Personen, und diese seien in dem Gesuch anzugeben. Die damit zum Ausdruck gebrachte höchstpersönliche Geltung dieser Erlaubnis muß auch für die Vertretung natürlicher Personen gelten, denn der Zweck des Gesetzes, die rechtssuchende Bevölkerung vor unsachgemäßer oder unzuverlässiger Rechtsberatung zu bewahren[162], darf nicht dadurch vereitelt oder gefährdet werden, daß ein Rechtsbeistand die Ausübung der Rechtsberatertätigkeit einem Stellvertreter übertragen kann.

Eine besonders wichtige Ausnahme von dem Grundsatz der Erlaubnisfreiheit der Stellvertretung enthält § 5 der 3. HandwVO. Während nach §§ 1, 3 der genannten VO. die Meisterprüfung im

[160] Vgl. oben § 4 III.

[161] Ausnahme: In Württemberg ist Vertretung des Apothekeninhabers bis zur Dauer von 14 Tagen durch einen Kand. der Pharmazie zulässig, vgl. oben § 4 III.

[162] Vgl. Einf. bei Pfundtner-Neubert.

allgemeinen nur erforderlich ist zum selbständigen Betrieb eines Handwerks, muß nach § 5, Abs. 1 in der Fassung der VO. vom 22. 1. 1936 an Stelle des Unternehmers der Betriebsleiter die Meisterprüfung bestanden haben bei juristischen Personen und, wenn mit einem Unternehmen ein handwerklicher Nebenbetrieb verbunden ist, der Leiter des Nebenbetriebs. Der „Betriebsleiter" und der „Leiter des Nebenbetriebs" wird zwar nicht stets, aber in der Regel Stellvertreter im Sinne des Gewerberechts sein.

3. Die sachlichen Erfordernisse.

Wenn eine der Ausnahmen von der Erlaubnisfreiheit der Stellvertretung nicht vorliegt oder eine besondere formelle Stellvertretererlaubnis nicht vorgeschrieben ist, muß der Stellvertreter dieselben sachlichen persönlichen Erfordernisse erfüllen, d. h. dieselben Eigenschaften haben, wie der Vertretene. Eine Darstellung der für jedes Gewerbe erforderlichen Eigenschaften ginge über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus; sie gehört in die Lehre von der Erlaubnis selbst. Daher soll hier ein kurzer Ueberblick genügen.

Die in der Gewerbeordnung und den gewerberechtlichen Reichsgesetzen vorgeschriebenen persönlichen Erfordernisse gehen auf zwei Haupteigenschaften zurück: Zuverlässigkeit und fachliche Eignung. Diese Eigenschaften werden je nach dem Grad ihrer Wichtigkeit für das einzelne Gewerbe nach einem mehr oder weniger strengen Maßstab beurteilt.

a) Das Erfordernis der Zuverlässigkeit.

Zuverlässigkeit wird für nahezu alle erlaubnispflichtigen Gewerbe verlangt. Sie dürfte auch den Ausschlag geben bei den Gewerben, für welche die Erteilung der Erlaubnis in das freie Ermessen der Behörde gestellt ist.[163] Wo die Zuverlässigkeit als Voraussetzung der Zulassung ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist, sind die Behörden bei der Entscheidung über ihr Vorliegen teilweise auf eigenes pflichtgemäßes Ermessen angewiesen, teilweise sind ihnen bestimmte Anweisungen gegeben, die sich auf guten Leumund, Alter, Vermögenslage, Rasse und drgl. beziehen.

Zu der ersteren Gruppe gehören Vorschriften wie § 30 GO. (Erlaubnis zum Betrieb eines Privatkrankenhauses), § 35 GO. (Untersagung der Unterrichtserteilung usw.), § 2, Abs. 4 MetallverkG. (Zulassung zum Verkehr mit unedlen Metallen), § 14 Abs. 5 Ziff. 1 MilchG. (Erlaubnis zum Milchhandel), Art. I DVO. zum EinzelhandelsschutzG. (Ausnahme von dem Verbot der

[163] Vgl. oben § 4 III 2 b.

Errichtung einer Verkaufsstelle), § 4 VierjahresplDurchfG. in Verb. mit § 2 BefugnisVO. (Betriebsschließung bei Zuwiderhandlungen gegen Anordnungen des Reichskommissars für die Preisbildung oder bei Unzuverlässigkeit des Inhabers oder Leiters des Betriebs), § 10 der 1. DVO. zum ReichskulturG. (Mitgliedschaft bei einer Kulturkammer), § 1 DVO. zu § 107 RAO. (Zulassung als Steuerberater) oder §§ 3, 7 Waffengesetz (Herstellung von Schußwaffen und Munition, Handel mit Waffen und Munition).

Zur zweiten Gruppe gehören die meisten neueren gewerberechtlichen Reichsgesetze; sie stellen in der Regel genaue Merkmale der Zuverlässigkeit auf. Als Beispiele seien genannt: § 2 Abs. 1 Ziff. 1 GastStG., welcher eine ganze Reihe von Eigenschaften aufzählt, aus denen sich die Unzuverlässigkeit für das Wirtsgewerbe ergeben kann; § 10 DVO. zum PersonenbefG., welcher die wichtigsten Eigenschaften für die Zulassung zum Beförderungsgewerbe nennt, ebenso § 1 ReisevermittlG. in Verb. mit § 2 DVO. hierzu für das Reisevermittlungsgewerbe; § 11 VerstVorschr., welcher die Merkmale der Zuverlässigkeit für das Versteigerergewerbe positiv und negativ bis ins einzelne festsetzt; dasselbe gilt von § 5 SchriftlG. für den Beruf des Schriftleiters. Dabei gehen manche Gesetze, wie z. B. die Versteigerervorschriften oder das Schriftleitergesetz so weit, die Behörden bei der Feststellung der Zuverlässigkeit ausschließlich an die Prüfung der aufgezählten Eigenschaften zu binden (streng gebundene Erlaubnis).

Nach der Machtübernahme durch die NSDAP. ist in der Praxis die Frage aufgetaucht, ob Juden allein wegen ihrer rassischen Fremdartigkeit als unzuverlässig im Sinne des Gewerberechts anzusehen seien. Verschiedene Verwaltungsgerichte haben die Frage verneint.[164] Unter Ablehnung und ausführlicher Kritik dieser Entscheidungen kommt Gülde[165] zum entgegengesetzten Ergebnis, daß Juden nach nationalsozialistischer Auffassung stets von vornherein als unzuverlässig im Sinne des Gewerberechts anzusehen seien, und daher zum Betrieb erlaubnispflichtiger Gewerbe nicht zugelassen werden dürfen. Ohne daß auf die Frage hier näher eingegangen werden könnte, sei nur bemerkt, daß m. E. nach dem heutigen Stand der Gesetzgebung weder die eine noch die andere Auffassung allgemein zutrifft: Der Gesetzgeber hat es bis jetzt trotz vielfacher Aenderungen und Ergänzungen der Gewerbeordnung seit 1933 unterlassen, die Ausschaltung der Juden von den erlaubnispflichtigen Gewerben, welche einfach durch Verweisung auf die Vorschriften des Berufsbeamtengesetzes geschehen könnte, all-

[164] Urteil des bad. OVG. vom 6. 2. 1934, Reger Bd. 55, S. 191; LVG. Schwerin vom 16. 10. 1935 und Bayr. VGH. vom 17. 4. 1936, auf welche Spohr in RVerwBl. 1936, S. 919 ff. Bezug nimmt.

[165] „Juden in der Wirtschaft" in „Deutsches Recht" 1937, S. 356.

gemein anzuordnen; ferner sind in verschiedenen seit der Machtübernahme erlassenen, in sich geschlossenen Berufsgesetzen die Juden teils ausdrücklich ausgeschlossen[166], teils aber auch keine diesbezüglichen Vorschriften enthalten.[167] Besonders bemerkenswert ist die Verordnung über den Handel mit Vieh vom 25. 1. 1937, welche in § 3 vorschreibt, daß Staatenlose nur zugelassen werden, wenn sie deutschstämmig sind. Dadurch ist ausgesprochen, daß Juden, welche die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, zum Viehhandel zugelassen werden können. Damit hat der Gesetzgeber den Weg vorgezeichnet, der bis zu weiteren Entscheidungen der politischen Führung durch die ausführenden Behörden zu beschreiten ist: Die Zulassung der Juden zu erlaubnispflichtigen Gewerben darf nicht allgemein abgelehnt werden, sondern es muß — sofern nicht einzelne Reichsgesetze ein anderes vorschreiben — für jedes einzelne dieser Gewerbe unter Berücksichtigung der Eigenschaften der jüdischen Rasse geprüft werden, ob durch die Zulassung von Juden zu dem betreffenden Gewerbe das Gemeinwohl des deutschen Volkes oder das Wohl einzelner deutscher Volksgenossen gefährdet wird; darüber hinaus wird es noch stets auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen, insbesondere auch darauf, ob der jüdische Antragsteller bereit ist, sich den im Hinblick auf seine rassischen Eigenschaften für erforderlich zu erachtenden besonderen Auflagen zu unterwerfen und die Gewähr für ihre Erfüllung zu leisten.

Die Frage, ob ein Jude gewerblicher Stellvertreter sein kann, wird verschieden zu beantworten sein, je nachdem, ob er Stellvertreter eines jüdischen oder eines arischen Gewerbetreibenden sein soll. Gegen die Stellvertretung eines Juden durch einen Juden wird nichts einzuwenden sein. Dagegen wäre es ein schwerer Verstoß gegen die sittlichen und rassischen Auffassungen des Nationalsozialismus und gegen das gesunde Volksempfinden, wenn ein arischer Gewerbetreibender die gewerbliche Stellvertretung, d. h. die selbständige Betriebsleitung und Verantwortung auf einen Juden übertragen würde; eine solche Handlungsweise könnte von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden und müßte daher durch die für die Erteilung der Erlaubnis zuständige Behörde verhindert werden. Gegen die Vertretung eines im Besitze der Erlaubnis befindlichen jüdischen Gewerbetreibenden durch einen arischen Stell-

[166] Z. B. § 5 der 1. AVO. zum RechtsberG.: „Juden wird die Erlaubnis nicht erteilt"; § 5 Ziff. 3 SchriftlG.: „Schriftleiter kann nur sein, wer arischer Abstammung ist"; § 3 Abs. 5 Waffenges.: „Die Erlaubnis darf nicht erteilt werden, wenn der Antragsteller oder die für die kaufmännische oder für die technische Leitung seines Betriebes in Aussicht genommenen Personen oder einer von ihnen Jude ist".

[167] Z. B. die Versteigerervorschriften, trotz erschöpfender Aufzählung der Zuverlässigkeitsmerkmale in § 11.

vertreter wird grundsätzlich rechtlich nichts einzuwenden sein; nur muß in diesem Falle die Verwaltungsbehörde scharf darüber wachen, daß ein solches Stellvertretungsverhältnis nicht zur Verschleierung der wahren Inhaberschaft mißbraucht wird.

b) Die fachliche Eignung.

Fachliche Eignung oder Vorbildung muß der Stellvertreter, abgesehen von den oben zu II 2 erwähnten Gewerben, für die er sie förmlich nachweisen muß, heute in den meisten übrigen erlaubnispflichtigen Gewerben besitzen, z. B. im Hufbeschlaggewerbe (§ 30a GO.), im Handel mit unedlen Metallen (§ 2 MetallverkG.), im Milchhandel (§ 14 MilchG.), in der Wirtschaftswerbung und Werbungsvermittlung (2. WerberatBek. Ziff. 14, auszugsweise veröffentlicht bei Pfundtner-Neubert), für die Veranstaltung von Modeschauen (16. WerberatBek. Ziff. 4, aaO.), für die Mitgliedschaft bei einer Kulturkammer und damit für die Fähigkeit, an einer kulturellen Tätigkeit mitzuwirken (§§ 10, 4 der 1. DVO. zum ReichskulturkG.), für die Reisevermittlung (§ 1 Reisevermittlungsgesetz), sowie insbesondere für die Errichtung einer Verkaufsstelle (Art. I DVO. zum EinzelhandelsschutzG.).

III. Reichsgesetze mit besonderer Stellvertretererlaubnis.

Da der Gewerbeordnung, abgesehen von der Bestimmung des § 47, welcher für einige Gewerbe die Zulässigkeit der Stellvertretung in das freie Ermessen der Behörde stellt, der Grundsatz der erlaubnisfreien Stellvertretung zu Grunde liegt, kennt sie eine nach Voraussetzungen und Form der Erteilung gesetzlich geregelte Stellvertretererlaubnis nicht. Dieser Zustand hat bei verschiedenen Gewerben zu Mißbräuchen, insbesondere zur Umgehung neuer Erlaubnisse und zum Eindringen unerwünschter Personen und Betriebsformen geführt. Wie schon erwähnt[168] war dies besonders im Wirtsgewerbe der Fall. Daher ist durch das Gaststättengesetz (§ 6) für dieses Gewerbe eine besondere Stellvertretererlaubnis eingeführt worden, nachdem schon vorher das Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen eine solche für den Altmetallhandel vorgeschrieben hatte. Im Anschluß an das Gaststättengesetz haben das Milchgesetz (§ 15) und neuerdings das Versteigerergesetz (§ 4) eine in gleicher Weise ausgestaltete Stellvertretererlaubnis eingeführt, und es dürfte damit zu rechnen sein, daß in Zukunft für weitere Gewerbe die Stellvertretererlaubnis eingeführt werden

[168] Vgl. oben § 4 III.

wird, denn sie hat sich bewährt als ein wirksames Mittel zur Abstellung der erwähnten Mißstände, die sich nicht nur im Wirtsgewerbe gezeigt haben.

Hervorzuheben ist, daß die genannten drei Gesetze nicht nur durch das Erfordernis einer förmlichen Stellvertretererlaubnis von § 45 GO. abweichen, sondern auch hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Stellvertretung. Während nämlich nach § 45 GO. lediglich der Stellvertreter dieselben persönlichen Eigenschaften wie der Inhaber der Erlaubnis besitzen muß, stellen diese Gesetze darüber hinaus noch besondere Voraussetzungen in der Person des Vertretenen auf. Damit ist sowohl die Formfreiheit der Stellvertretung wie auch ihre allgemeine Zulässigkeit für die dort geregelten Gewerbe aufgehoben. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Stellvertretererlaubnis in der Person des Erlaubnisinhabers sind gleichermaßen nach § 6 Abs. 3 GaststG., § 15 Abs. 2 MilchG. und § 4 Abs. 3 VerstG. die folgenden: Nach der Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb des Gewerbes müssen Umstände eingetreten sein, die den Inhaber hindern, das Gewerbe persönlich auszuüben, oder es muß nach seinem Tode die Befugnis zur Ausübung des Gewerbes gemäß § 46 GO. an seine Witwe oder minderjährigen Erben übergegangen oder eine Nachlaßauseinandersetzung im Gange sein. Unter „Nachlaßauseinandersetzung" im Sinne dieser Vorschriften sind dabei zu verstehen: Nachlaßverwaltung, Nachlaßpflegschaft und Testamentsvollstreckung, nicht aber der Nachlaßkonkurs. Es handelt sich um denselben Begriff wie die Nachlaßregulierung des § 46 GO., dessen Inhalt bereits an Hand des § 6 der 1. HandwVO. erläutert wurde.[169]

Die Voraussetzungen in der Person des Stellvertreters sind dieselben, wie diejenigen, welche zur Erteilung einer ursprünglichen Betriebserlaubnis vom Betriebsinhaber verlangt werden, nämlich Zuverlässigkeit (§ 6 Abs. 2 GaststG., § 15 Abs. 3 MilchG., § 4 Abs. 2 VerstG.) und außerdem für den Milchhandel Sachkunde und Freiheit von übertragbaren Krankheiten (§§ 14 Abs. 5 Ziff. 2, 13 MilchG.).

Träger der Stellvertretererlaubnis ist nicht der Stellvertreter, sondern stets der Vertretene, d. h. der Betriebsinhaber, und zwar auch dann, wenn er nicht mehr verfügungsfähig ist, wie z. B. im Falle des Konkurses oder der Entmündigung. Der Betriebsinhaber muß auch den Antrag auf Erteilung der Stellvertretererlaubnis stellen. Als zulässig wird es jedoch zu erachten sein, daß für den verfügungsunfähigen Betriebsinhaber (z. B. bei Geschäftsunfähigkeit oder Konkurs) der gesetzliche Vertreter oder Verwalter den Antrag stellt.[170]

[169] Vgl. oben § 5 II 3. ebenso für das Gaststättengesetz: Michel, § 6 III 3.

[170] Vgl. für das Gaststättengesetz: Michel, § 6 Anm. II 1. für das Versteigerergesetz: § 4 Anm. 3 bei Pfundtner-Neubert.

Die Stellvertretererlaubnis wird für einen bestimmten Stellvertreter erteilt (§ 6 Abs. 2 GaststG., § 15 Abs. 3 MilchG., § 4 Abs. 2 VerstG.). Hier ist der Nachdruck nicht auf „einen", sondern auf „bestimmt" zu legen; die Stellvertretererlaubnis darf nur an in der Verfügung namentlich bezeichnete Personen, nicht zur Stellvertretung schlechthin erteilt werden. Daher sprechen auch das Milchgesetz (§ 15 Abs. 1) und das Versteigerergesetz zutreffend von „Stellvertretererlaubnis", in Abweichung vom Gaststättengesetz (§ 6 Abs. 1), wo irreführend der Ausdruck „Stellvertretungserlaubnis" gebraucht wird. Dieser persönlichen Gebundenheit der Stellvertretererlaubnis steht es nicht entgegen, die Erlaubnis gleichzeitig an mehrere „bestimmte" Stellvertreter zu erteilen.[171]

Die Stellvertretererlaubnis ist aber nicht nur an die Person des Stellvertreters gebunden, sondern auch an diejenige des Betriebsinhabers, dem sie erteilt worden ist: Tritt ein Wechsel in der Person des Betriebsinhabers ein, so bedarf der neue Inhaber einer neuen Stellvertretererlaubnis.[172] Dies ergibt sich daraus, daß die Erteilung der Stellvertretererlaubnis auch von Voraussetzungen in der Person des Betriebsinhabers abhängig ist.

Eine eigenartige Regelung der Stellvertretung enthalten die Gesetze über die Beförderung von Personen zu Lande und über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen. Die Genehmigung zum Betrieb der dort geregelten Beförderungsgewerbe wird dem Unternehmer nur für seine Person erteilt (§ 10 PersonenbefG., § 8 GüterfernverkG.); zur Uebertragung der aus der Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten auf einen andern, sowie zur Uebertragung des ganzen Betriebs auf einen andern ist eine besondere Genehmigung erforderlich (§ 5 Abs. 2 Ziff. 2, 3 Personenbeförderungsgesetz, § 22 DVO. zum GüterfernverkG.). Eine Uebertragung der aus der Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten findet nach unserem Stellvertreter-Begriff, nach welchem der Stellvertreter in die gesamte Rechtsstellung des Unternehmers eintritt, auch auf den Stellvertreter statt. Es handelt sich somit bei diesen beiden Gewerben um weitere Fälle förmlicher Stellvertretererlaubnis. Voraussetzung für die Erteilung der Stellvertretererlaubnis ist Zuverlässigkeit und Gewährleistung der Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs (§ 4 DVO. zum PersonenbefG. in Verb. mit § 9 PersonenbefG., § 22 DVO. zum GüterfernverkG. in Verb. mit § 7 GüterfernverkG.). Auch hier sollen, wie bei den anderen Stellvertretererlaubnissen, in dem Erteilungsverfahren die objektiven Voraussetzungen (Interessen des öffentlichen Verkehrs und Bedürfnis) nicht erneut geprüft werden (§ 4 DVO. in Verb. mit § 9 PersonenbefG.).

[171] Ebenso Michel, Gaststättengesetz, § 6 Anm. II 2; a. A. Köstlin, Gaststättengesetz, § 6 Anm. 3.

[172] Ebenso Michel, Gaststättengesetz, § 6 Anm. III, 2.

III. Teil: Die gewerberechtlichen Wirkungen der Stellvertretung.

§ 7. Befugnisse, Pflichten und Haftung des Stellvertreters.

Der Stellvertreter nimmt, wie wir schon bei der Begriffsbestimmung im ersten Teil festgestellt haben, die gewerberechtliche Stellung des Gewerbetreibenden in ihrem ganzen Umfang ein, übt dessen Befugnisse aus und hat die ihnen entsprechenden Pflichten zu erfüllen.

I. Die Befugnisse.

Die Befugnisse ergeben sich aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit, der als Grundsatz der freien Zulassung und Gewähr ungestörter Fortführung des Gewerbebetriebs kraft des in § 1 GO. vom nationalsozialistischen Staat übernommenen Gesetzes zur Zeit, wenn auch in wesentlich anderem Sinne und mit wesentlich anderer Tragweite noch fortbesteht. Die am Ende der Zeit des liberalen Rechtsstaats überwiegend bejahte Frage, ob die Gewerbefreiheit ein subjektives öffentliches Recht sei[173], führt uns auf das gegenwärtig noch ungeklärte Gebiet der subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt und auf die Frage nach deren verwaltungsgerichtlichem Schutz. Im Rahmen dieser Arbeit können jedoch die auf diesem Gebiet bestehenden Schwierigkeiten allgemein und umfassend nicht dargestellt werden; wir müssen uns vielmehr begnügen mit der Feststellung, daß Wesen und Inhalt der Gewerbefreiheit bereits eine weitgehende Klärung im Sinne nationalsozialistischer Rechtsauffassung erfahren haben. Bahnbrechend war hier das Urteil des thür. Oberverwaltungsgerichts vom 4. 3. 1936[174], welches das Wesen der Gewerbefreiheit umschreibt als „eine mit Pflichten verbundene Rechtsstellung des Gewerbetreibenden in der Gemeinschaft, die an der für ihn geltenden Pflicht zur Einfügung in die Gesamtordnung des deutschen Wirtschaftslebens ihre Begrenzung und Ausrichtung findet."

Der Inhalt der Gewerbefreiheit geht dahin, „den Gewerbetreibenden, soweit nicht besondere Gesetze oder die Bestimmungen der §§ 16 ff. GO. eingreifen, von gewerbepolizeilichen Beschränkungen der Zulassung und Fortführung des Betriebs freizustellen, er bleibt aber bei Ausübung des Gewerbes an die allgemeinen

[173] Vgl. Landmann-Rohmer, § 1 Anm. 2 b und das dort angeführte Schrifttum.

[174] DVerwBl. 1936, S. 239; besprochen von Scheuner, „Gewerbefreiheit und Polizeigewalt in der neuen Wirtschaftsordnung" in DVerwBl. 1936, S. 210 und von Knauth „Gewerbefreiheit und Polizei" in DJZ. 1936, S. 554.

polizeilichen Vorschriften gebunden, die aus sicherheits-, feuer-, gesundheits-, verkehrs- usw. polizeilichen Rücksichten ergehen und für jedermann gelten."[175] Daß der Gewerbetreibende bei Ausübung des Gewerbes den allgemeinen polizeilichen Vorschriften unterliegt, war schon früher allgemein anerkannt.[176] Nun bestimmt aber § 143 GO., die Berechtigung zum Gewerbebetrieb könne, abgesehen von den in den Reichsgesetzen vorgesehenen Fällen ihrer Entziehung, weder durch richterliche, noch administrative Entscheidung entzogen werden. Aus dieser, den § 1 GO. ergänzenden Vorschrift hat die Rechtsprechung geschlossen, daß ein Einschreiten auch aus allgemeinen polizeilichen Gründen nicht so weit gehen dürfe, schlechthin die Weiterführung eines polizeiwidrigen Gewerbebetriebs zu verbieten oder tatsächlich unmöglich zu machen. Erst das Urteil des thür. OVG. hat mit dieser Rechtsprechung gebrochen und die im Interesse des Gemeinwohls oft notwendige Maßnahme der polizeilichen Schließung eines Gewerbebetriebs für zulässig erklärt.[177]

Die aus der Gewerbefreiheit sich ergebenden, durch die Belange des Gemeinwohls begrenzten Befugnisse stehen im Falle der Stellvertretung dem Stellvertreter zu und ebenso wie er der Behörde gegenüber die Verantwortung für den Gewerbebetrieb zu tragen hat, ist er auch aktiv legitimiert zur Geltendmachung jener Befugnisse. Er kann also gegebenenfalls gegen einen seine gewerberechtlichen Befugnisse einschränkenden Verwaltungsakt gewerbepolizeilicher Art die Entscheidung der Verwaltungsgerichte anrufen, soweit diese nach dem bis jetzt noch geltenden Landesrecht für eine Klage des Gewerbetreibenden selbst zuständig wären. Dies gilt jedoch nur, wenn er rechtmäßiger Stellvertreter ist; bezieht sich dagegen die angefochtene Verwaltungsverfügung gerade auf seine Stellvertreter-Eigenschaft, indem diese verneint wird oder ihm die erforderlichen persönlichen Eigenschaften abgestritten werden, so wird durch den aus einem dieser Gründe die stellvertretende Tätigkeit beschränkenden oder untersagenden Verwaltungsakt nicht die Befugnis des Stellvertreters, sondern diejenige des Gewerbetreibenden selbst zum Betrieb des Gewerbes durch Stellvertreter (§ 45 GO.) verletzt. Daher wäre im letzteren Fall der Gewerbetreibende selbst und nur dieser gegebenenfalls zu einer Rechtsbeschwerde (verwaltungsgerichtlichen Klage) aktiv legitimiert.

Was den verwaltungsgerichtlichen Schutz der Gewerbefreiheit überhaupt anbetrifft, so mag in Anbetracht der in Kürze zu erwartenden reichsgesetzlichen Regelung der Verwaltungsgerichts-

[175] Thür. OVG. a. a. O.

[176] Vgl. Landmann-Rohmer, 8. Aufl., § 1 Anm. 1; RGZ. 101, S. 290.

[177] Ablehnend: Pr. OVG. Urteil vom 16. 12. 1937, JW. 1938, S. 988.

barkeit[178] hier die Feststellung genügen, daß die Zulassung zum Gewerbebetrieb und seine Ausübung nicht allein der Entscheidung der Verwaltungsbehörden überlassen werden können, denn die Verwaltungsbehörden sind selbst in großem Umfang Träger gewerblicher Unternehmungen, so daß hier ein Interessenwiderstreit entstehen kann, der einer zutreffenden Entscheidung im Wege steht. Außerdem sind diese Fragen für die Gliedstellung des Einzelnen in der Gemeinschaft schon der damit verbundenen Pflichten wegen von solcher Bedeutung, daß ein verwaltungsgerichtlicher Schutz nicht entbehrt werden kann.

II. Die Pflichten.

Der Auffassung von der Pflichtgebundenheit öffentlicher Befugnisse entspricht es, daß auf den Stellvertreter auch sämtliche öffentlich-rechtlichen Pflichten, die durch den Gewerbebetrieb entstehen, übergehen. Er hat außer den erwähnten allgemeinpolizeilichen Pflichten sowohl die allgemeinen gewerbepolizeilichen und arbeitsrechtlichen Vorschriften der Gewerbeordnung wie auch die durch besondere Reichsgesetze für bestimmte Gewerbe aufgestellten besonderen Verpflichtungen zu erfüllen.

1. Die Pflichten des Stellvertreters nach der Gewerbeordnung.

Beim Beginn eines Gewerbebetriebs entsteht die Anzeigepflicht (§ 14 GO.). Nun wird der Stellvertreter in der Regel einen schon bestehenden Betrieb fortsetzen, daher zur Anzeige nicht verpflichtet sein; sollte er aber in Ausnahmefällen einen Betrieb für Rechnung eines andern gründen oder beginnen, so träfe die Anzeigepflicht ihn.

Die Namenspflicht (§ 15a GO.) geht dahin, daß Gewerbetreibende, die einen offenen Laden oder eine Gaststätte betreiben, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingang des Ladens oder der Wirtschaft anzubringen haben. Diese Vorschrift dient zum Schutze des einkaufenden Publikums gegen Täuschungen über die Persönlichkeit des Betriebsinhabers, d. h. desjenigen, auf dessen Rechnung das Gewerbe betrieben wird. Dessen Name muß angebracht werden. Der Name des Stellvertreters ist nach dem Zwecke der Vorschrift ohne Belang, ja er darf gar nicht angebracht werden, weil sonst die Meinung entstehen könnte, der Stell-

[178] Vgl. Tätigkeitsbericht der Ausschüsse im „Jahrb. der Akademie für Deutsches Recht", 1937, S. 250.

vertreter sei Inhaber oder Mitinhaber des Betriebs. Dies schließt aber nicht aus, daß auch den Stellvertreter die Verpflichtung trifft, für die Anbringung des Namens des Gewerbeinhabers zu sorgen.

Weitere allgemeine Pflichten, die im Falle der Stellvertretung dem Stellvertreter obliegen, enthält die Gewerbeordnung in den Vorschriften des Titels II über Handlungsreisende (§§ 44, 44a GO.), des Titels VII über die Verhältnisse der gewerblichen Arbeiter (§§ 105 ff. GO.) und in den Preisvorschriften der §§ 73 bis 80 GO.

2. Die Pflichten des Stellvertreters nach sonstigen Bestimmungen.

Da außer den Bestimmungen, welche die Gewerbeordnung selbst über die Berufspflichten der Gewerbetreibenden enthält, gemäß § 144 GO. auch noch die sonstigen Gesetze über die Berufspflichten der Gewerbetreibenden gelten, ist der Stellvertreter auch allen reichsgesetzlichen Bestimmungen über die Berufspflichten der Gewerbetreibenden und außerdem denjenigen landesrechtlichen Vorschriften unterworfen, welche sich auf die Art der Ausübung des Gewerbebetriebs beziehen, sofern sie nicht mit den in der Gewerbeordnung selbst enthaltenen Vorschriften in Widerspruch stehen.[179] Reichsgesetzliche Bestimmungen sind in einer großen Anzahl von Reichsgesetzen enthalten; als Beispiele seien hier nur genannt: das Reichsstrafgesetzbuch, die Konkursordnung und das Handelsgesetzbuch, das Viehseuchengesetz, das Lebensmittelgesetz, Weingesetz, Gaststättengesetz, Milchgesetz, das Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen, das Versteigerergesetz, das Gesetz über das Kreditwesen, die dritte VO. über den vorl. Aufbau des deutschen Handwerks, das Rechtsberatergesetz, das Gesetz über Reisevermittlung, das Personenbeförderungsgesetz, das Gesetz über den Güterfernverkehr; weitere Beispiele sind bei Landmann-Rohmer § 1 Anm. 12 und § 144 Anm. 2 aufgezählt. Insbesondere hat der gewerbliche Stellvertreter gemäß §§ 103 ff. RAO. alle Pflichten zu erfüllen, die durch die Steuergesetze dem Gewerbetreibenden selbst auferlegt sind.

Die landesrechtlichen Bestimmungen, welche Vorschriften über die Ausübung von Gewerbebetrieben aufstellen, sind zum größten Teil in den Polizeistrafgesetzbüchern der Länder und den zu diesen erlassenen Polizeiverordnungen enthalten.

[179] Vgl. Landmann-Rohmer, § 144 Anm. 2.

Allen diesen Pflichten des Stellvertreters entspricht als Durchsetzungsgewähr die allgemeine Strafbestimmung des § 151 Abs. 1 Satz 1 GO., welcher lautet:

„Sind bei der Ausübung des Gewerbes polizeiliche Vorschriften von Personen übertreten worden, welche der Gewerbetreibende zur Leitung des Betriebs oder eines Teils desselben oder zur Beaufsichtigung bestellt hatte, so trifft die Strafe diese letzteren."

Diese Fassung stammt aus der Novelle vom 1. 6. 1891; früher lautete der Absatz 1:

„Sind polizeiliche Vorschriften von dem Stellvertreter eines Gewerbetreibenden bei Ausübung des Gewerbes übertreten worden, so trifft die Strafe den Stellvertreter, ist die Uebertretung mit Vorwissen des verfügungsfähigen Vertretenen begangen worden, so verfallen beide der gesetzlichen Strafe."

Da nach den Strafbestimmungen der Gewerbeordnung sowie nach denjenigen anderer Gesetze, sofern nichts anderes vorgeschrieben ist, der Gewerbetreibende allein haftbar wäre für die in Ausübung seines Gewerbebetriebs begangenen Uebertretungen, er mithin bei der Anstellung von Stellvertretern oder Hilfspersonen in strafrechtlicher Hinsicht völlig der Willkür dieser Personen ausgeliefert wäre, und andererseits eine Bestrafung der tatsächlich Schuldigen als Täter in der Regel unterbliebe, so ist eine Bestimmung notwendig, die es dem Gewerbetreibenden gestattet, seine strafrechtliche Verantwortlichkeit in bestimmtem Umfang auf andere abzuwälzen, und zum Ausgleich hierfür die Strafbarkeit dieser Personen selbst festsetzt. Diese Funktion hat § 151 Abs. 1 GO. Die Möglichkeit der Abwälzung bestand nach der ursprünglichen Fassung jedoch nur bei den Uebertretungen, die ein Stellvertreter im Sinn der Gewerbeordnung begangen hatte. Durch die Novelle sollte sie erweitert werden auf die Uebertretungen der Personen, welche zur Leitung des Betriebs oder eines Teils desselben oder zur Beaufsichtigung bestellt sind. Unter diesen Personenkreis fallen vor allem die „Betriebsbeamten" und „Werkmeister" (§§ 133 a bis f GO.), aber auch nach wie vor die „Stellvertreter" im Sinne des § 45 GO.; letzteres folgt aus der Entstehungsgeschichte der geltenden Fassung, wonach durch die Novelle dieser Personenkreis nicht eingeschränkt, sondern nur erweitert werden sollte.[180]

Unter die nach § 151 Abs. 1 GO. verantwortlichen Personen dürften nach dem Sinn der Novelle nicht nur die durch den Gewerbetreibenden selbst, sondern auch die durch den Stellvertreter angestellten Leiter und Aufsichtspersonen fallen.[181]

Unter „gewerbepolizeilichen Vorschriften" im Sinn des § 151 GO. sind nicht nur die von einer Polizeibehörde erlassenen Verfügungen und Verordnungen zu verstehen, sondern alle Bestimmun-

[180] Vgl. Begr. zur Novelle von 1891, abgedr. bei Landm. Rohmer, § 151 Anm. 1.

[181] Ebenso Landmann-Rohmer, § 151, Anm. 2 a.

gen gewerbepolizeilicher Art, welche in der Gewerbeordnung selbst, den übrigen reichsrechtlichen und den gemäß § 144 GO. zulässigen landesrechtlichen gesetzlichen Vorschriften enthalten sind.[182]

Zweifelhaft ist es, ob § 151 Abs. 1 Satz 1 GO. auch für die Gewerbe gilt, die eine besondere, auch den Stellvertreter besonderen Strafbestimmungen unterwerfende, reichsrechtliche Regelung erfahren habe. Das Milchgesetz, welches in §§ 45 Abs. 2, 3 und 46 Abs. 2 besondere Strafbestimmungen für den Stellvertreter enthält, gilt nach § 47 aushilfsweise gegenüber anderen Gesetzen, die eine höhere Strafe androhen; somit gelten für den Bereich des Milchgesetzes alle allgemeinen Strafbestimmungen der Gewerbeordnung, insbesondere auch § 151 GO. fort. Dagegen ist im Gaststättengesetz (§ 35) und im Versteigerergesetz (§ 13 Abs. 3) übereinstimmend die Bestimmung enthalten, daß auf diese Gewerbe die Vorschriften der Gewerbeordnung nur so weit Anwendung finden, als nicht in diesen Gesetzen besondere Bestimmungen getroffen sind. Nun enthält sowohl das Gaststättengesetz (Titel VI) wie auch das Versteigerergesetz (§§ 10, 11) besondere Strafbestimmungen, darunter auch solche, welche den Stellvertreter mit Strafe bedrohen (§ 29 Ziff. 1 bis 3 GaststG., §§ 10 Abs. 1 Ziff. 2, 11 Abs. 1 Ziff. 1 VerstG.). Diese Strafandrohungen sind, sofern sie strafrechtliche Tatbestände aufstellen, erschöpfend und schließen die Strafdrohungen des Titels X der Gewerbeordnung aus.[183] Jedoch dürfte § 151 Abs. 1 GO., welcher nicht einen neuen strafrechtlichen Tatbestand enthält, sondern nur die Bezeichnung der als Täter zu bestrafenden Personen, auch für diese Gewerbe noch in Geltung sein[184], sofern sich nicht die Strafbarkeit des Stellvertreters schon aus dem Gaststättengesetz und Versteigerergesetz selbst ergibt.

§ 8: Die Rechtsstellung des Vertretenen.

I. Vorbemerkung.

Es ist eine alte, in der Theorie bislang noch nicht geklärte Streitfrage des Verwaltungsrechts, ob und inwieweit im Falle der Stellvertretung der Vertretene für unerlaubte Handlungen oder pflichtwidrige Unterlassungen des Stellvertreters einzustehen habe, insbesondere, ob Zwangsmaßnahmen gegen den Vertretenen oder den Stellvertreter anzuordnen sind. Die einen[185] sind der Ansicht,

[182] Vgl. Landmann-Rohmer, § 151, Anm. 2.

[183] So für das Gaststättengesetz: Michel, Vorbem. zu Tit. VI.

[184] Ebenso für das Gaststättengesetz: Michel, § 6, Anm. I, Abs. 3; Landmann-Rohmer, § 151, Anm. 1 c; für das Versteigerergewerbe § 13, Anm. 2, bei Pfundtner-Neubert.

[185] Insbes. Schultzenstein, „Polizeiwidriges Handeln und Vertretung", S. 46 ff.

Zwangsmaßnahmen seien in jedem Falle gegen den Vertretenen und nur gegen diesen zu richten, andere treten für eine Gesamthaftung von Stellvertreter und Vertretenem ein, während nach einer dritten Ansicht nur der Stellvertreter verantwortlich gemacht werden kann.[186] Eine für das ganze Verwaltungsrecht allgemein gültige Lösung dieser Frage dürfte jedoch kaum möglich sein, denn sie wird jeweils von der Art der auf dem Spiel stehenden Belange abhängen: Für das Steuerrecht hat die Reichsabgabenordnung im Interesse der Durchsetzung der fiskalischen Belange in den §§ 103 ff. die Gesamthaftung eingeführt; die Polizei hält sich als Sicherheitspolizei in erster Linie an den „Störer", daneben jedoch u. U. an den Vormund, und im Falle der Stellvertretung auch an den Vertretenen (PrPolVerwG. § 19 Abs. 2 und 3); bei polizeiwidrigem Zustand von Sachen haftet neben dem Verursacher der Verfügungsberechtigte[187], welcher auch der Stellvertreter sein kann. Gesetzliche Sonderregelungen bestehen vielfach für die einzelnen Zweige der Verwaltungspolizei (Bau-, Feuer-, Gesundheits-, Sitten-, Verkehrspolizei usw.).

Für das Gewerberecht enthält § 151 GO. eine solche Sonderregelung. Es trifft keinesfalls zu, daß § 151 Abs. 1 lediglich die kriminelle, d. h. die in den Bereich der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit fallende Strafbarkeit des Stellvertreters und des Gewerbetreibenden beträfe[188], vielmehr gilt die dort getroffene Regelung für alle wegen Uebertretung irgend welcher gesetzlicher oder polizeilicher Vorschriften in Ausübung des Gewerbebetriebs zu verhängenden Strafen gerichtlicher oder polizeilicher Art.[189] Sie muß darüber hinaus gelten für gewerbepolizeiliche Maßnahmen anderer Art, insbesondere den verwaltungsrechtlichen Zwangsvollzug durch Zwangsstrafen, Ersatzvollzug oder unmittelbaren Zwang. Dies ergibt sich aus dem Beispiel des § 151 Abs. 2 GO., welcher eine besondere gewerbepolizeiliche Maßnahme (Entziehung der Erlaubnis) wegen einer Uebertretung des Stellvertreters gegen den Vertretenen androht, diese allerdings wegen ihrer einschneidenden Bedeutung beschränkt auf den Fall des Vorwissens des Gewerbetreibenden. Eine Teilung des § 151 GO. in einen strafrechtlichen (Abs. 1) und einen gewerbepolizeilichen (Abs. 2) Teil[190] ist daher abzulehnen. Vielmehr können sowohl Strafen wie auch verwaltungspolizeiliche Zwangsmaßnahmen jeder Art auf Grund des § 151 GO. unter den dort aufgestellten besonderen Schuldvoraussetzungen wegen Uebertretungen des Stellvertreters auch

186 v. Köhler, Grundlehren, S. 236; Fleiner, Institutionen, S. 160.

187 Vgl. v. Köhler a. a. O., S. 341.

188 So Kähler, Stellvertretung, S. 43 ff.: Winter, Stellvertreter, S. 79.

189 Ebenso Landmann-Rohmer, § 151, Anm. 2.

190 So Kähler, Stellvertretung a. a. O. und Winter a. a. O.

gegen den Vertretenen verhängt werden. Dagegen gilt die Regelung des § 151 GO. nicht für die gefahrenabwehrenden Maßnahmen der Sicherheitspolizei, für welche sich der „Polizeipflichtige" aus anderen, oben angedeuteten Gesichtspunkten ergibt.

II. Die gewerbepolizeiliche Haftung des Vertretenen.

Die Haftung des vertretenen Gewerbetreibenden ist an ein durch verschiedene besondere Merkmale gekennzeichnetes Verschulden gebunden. § 151 Abs. 1 Satz 2 GO. lautet:

> „Der Gewerbetreibende ist neben denselben strafbar, wenn die Uebertretung mit seinem Vorwissen begangen ist, oder wenn er bei der nach den Verhältnissen möglichen eigenen Beaufsichtigung des Betriebs, oder bei der Auswahl oder der Beaufsichtigung der Betriebsleiter oder Aufsichtspersonen es an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen."

Danach sind die Verschuldensmerkmale alternativ folgende:

1. Die Uebertretung ist mit Vorwissen des Gewerbetreibenden begangen worden. Nach der früheren Fassung des § 151 GO. kam nur das Vorwissen des „verfügungsfähigen" Gewerbetreibenden in Betracht. Die Voraussetzung der Verfügungsfähigkeit fehlt in der geltenden Fassung; sie dürfte zu ersetzen sein durch die allgemeine Schuldvoraussetzung der Zurechnungsfähigkeit.

2. Der Gewerbetreibende hat es an der nach den Verhältnissen möglichen eigenen Beaufsichtigung des Betriebs fehlen lassen. Dieses Merkmal wurde bei der Beratung der Novelle von 1891 durch Beschluß der Reichstagskommission eingefügt auf Grund der Erwägung, der Unternehmer habe nicht schon unter allen Umständen durch die Einsetzung und Beaufsichtigung eines Betriebsleiters seine Pflichten erfüllt, sondern sei nach Kräften auch zur unmittelbaren Beaufsichtigung des Betriebs verpflichtet.[191] Wir begegnen hier schon demselben Gedankengang, der dann später bei einigen Gewerben zur Einführung besonderer Voraussetzungen in der Person des Vertretenen für die Zulässigkeit der Stellvertretung geführt hat.[192]

3. Der Gewerbetreibende hat es bei der Beaufsichtigung der Betriebsleiter oder Aufsichtspersonen oder bei deren Auswahl an der erforderlichen Sorgfalt fehlen lassen.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes, der Gewerbetreibende sei „neben" den Betriebsbeamten und Aufsichtspersonen strafbar, darf nicht dahin ausgelegt werden, daß der Gewerbetreibende nur dann strafbar sei, wenn diese Personen selbst wegen der Ueber-

[191] Vgl. Landmann-Rohmer, § 151, Anm. 1.
[192] Vgl. oben, § 6 III.

tretung bestraft worden seien. Eine Akzessorietät zwischen der Strafbarkeit der Angestellten und derjenigen des Gewerbetreibenden sollte nach dem Sinn des § 151 GO. durch diese Ausdrucksweise nicht begründet werden.

Dem „Gewerbetreibenden" dürfte gleichzustellen sein der Stellvertreter bezüglich der Uebertretungen, welche durch die von dem Stellvertreter angestellten Betriebsleiter und Aufsichtspersonen oder mit seinem Vorwissen begangen werden.[193] Ueber die Haftung der juristischen Personen und ihrer Organe siehe oben § 2 IV.

III. Die Entziehung der persönlichen Berechtigung wegen Uebertretungen des Stellvertreters.

Eine besonders einschneidende gewerbepolizeiliche Maßnahme, nämlich die Entziehung der Erlaubnis, Approbation oder Bestallung, kann gegen den vertretenen Gewerbetreibenden auf Grund des § 151 Abs. 2 GO. angeordnet werden, welcher lautet:

> „Ist an eine solche Uebertretung der Verlust der Konzession, Approbation oder Bestallung geknüpft, so findet derselbe auch als Folge der von dem Stellvertreter begangenen Uebertretung statt, wenn diese mit Vorwissen des verfügungsfähigen Vertretenen begangen worden. Ist dies nicht der Fall, so ist der Vertretene bei Verlust der Konzession, Approbation usw. verpflichtet, den Stellvertreter zu entlassen."

Allgemein ist die Möglichkeit der Entziehung der Erlaubnis usw. ausgesprochen in § 53 Abs. 1 und 2 GO. Nach dieser Vorschrift können Approbationen und Erlaubnisse zurückgenommen werden[194], wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren sie erteilt worden sind, oder wenn der Inhaber die bürgerlichen Ehrenrechte verloren hat[195], persönliche Erlaubnisse und Bestallungen außerdem dann, „wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche bei der Erteilung der Genehmigung oder Bestallung nach den Vorschriften dieses Gesetzes vorausgesetzt werden mußten, klar erhellt". Da nun — wie wir oben zu § 6 II 3a gesehen haben — eine bei der Erteilung vorauszusetzende Eigenschaft bei den meisten erlaubnispflichtigen Gewerben die Zuverlässigkeit ist, deren Mangel sich aber auch aus der wissentlichen Duldung von Uebertretungen des Stellvertreters durch den Vertretenen ergeben kann, so wäre in vielen Fällen eine Erlaubnisentziehung gegenüber dem Vertretenen schon nach § 53 Abs. 2 möglich. § 151 Abs. 2 GO.

---

[193] Ebenso Landmann-Rohmer § 151, Anm. 3; Winter, Stellvertreter, S. 89.

[194] Zwingend vorgeschrieben ist die Entziehung in keinem Fall, daher die Fassung des § 151, Abs. 2 GO. ungenau.

[195] Für die Zurücknahme der Bestallung als Arzt gelten nunmehr §§ 4, 5 RÄrzteO., der Bestallung als Tierarzt §§ 4, 5 RTierärzteO., der Bestallung als Apotheker § 16 Abs. 1 Ziff. 4 RApothO.

enthält jedoch darüber hinaus für die Entziehung der Erlaubnis wegen Uebertretungen des Stellvertreters besondere Voraussetzungen:

1. Die Uebertretung des Stellvertreters muß mit Vorwissen des verfügungsfähigen Vertretenen begangen sein. Ueber die Bedeutung des Erfordernisses der Verfügungsfähigkeit bestehen verschiedene Ansichten: Die einen verstehen unter Verfügungsfähigkeit im Anschluß an einen bei den Reichstagsverhandlungen von 1869 gestellten Antrag so viel wie Geschäftsfähigkeit im Sinn des bürgerlichen Rechts[196]; andere dagegen sind der Ansicht, daß sich die Verfügungsfähigkeit weder mit der Strafmündigkeit noch mit der Geschäftsfähigkeit decke, vielmehr die Fähigkeit gemeint sei, durch eigene Anordnungen die Uebertretung des Stellvertreters zu verhindern.[197] Bei näherer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, daß beide Ansichten im Ergebnis übereinstimmen: Wodurch kann denn der Gewerbetreibende eine von seinem Stellvertreter beabsichtigte Uebertretung verhindern? Im Streitfalle doch nur dadurch, daß er ihn seiner Rechtsstellung als Stellvertreter enthebt und dazu muß der Gewerbetreibende in der Regel geschäftsfähig im Sinne des bürgerlichen Rechts sein (§§ 104 ff., 113 BGB.). Der Sinn des Erfordernisses der Verfügungsfähigkeit liegt m. E. darin, eine Entziehung der Erlaubnis usw. zu vermeiden, wenn der Gewerbetreibende zwar von der beabsichtigten Uebertretung wußte, aber nicht in der Lage war, sie zu verhindern. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, die Entziehung der Erlaubnis nach § 151 Abs. 2 Satz 1 GO. sei gegen einen nicht geschäftsfähigen Gewerbetreibenden überhaupt nicht möglich. Wenn nämlich die Berücksichtigung der bürgerlichrechtlichen Geschäftsfähigkeit dem geschäftsunfähigen oder beschränkten Gewerbetreibenden einerseits zum Vorteil gereicht, so müssen ihm aus Gründen der Gerechtigkeit auch die Nachteile einer solchen Einführung privatrechtlicher Gesichtspunkte zugerechnet werden. Es entspricht nur einer folgerichtigen Weiterführung der hier ausnahmsweise maßgebenden privatrechtlichen Gedankengänge, wenn man in diesem Falle an die Stelle des Vorwissens des nicht geschäftsfähigen Gewerbetreibenden dasjenige seines gesetzlichen Vertreters setzt, denn dieser allein ist in der Lage und kraft seines Verwaltungsrechts verpflichtet, die Uebertretung des Stellvertreters zu verhindern. § 151 Abs. 2 GO. knüpft nicht an das Vorwissen gerade des Gewerbetreibenden selbst an, sondern an das Vorwissen dessen, der die Verfügungsmacht über den Gewerbebetrieb inne hat. Dies ergibt sich auch aus dem bisher im Schrifttum übersehenen Unterschied in der Ausdrucksweise: während nach § 151 Abs. 1 der „Ge-

[196] So Landmann-Rohmer, § 151 Anm. 4a; Kähler, Stellvertretung, S. 47.
[197] Schicker, S. 924; Winter, Stellvertreter, S. 93.

werbetreibende" strafbar ist, spricht § 151 Abs. 2 in Satz 1 und 2 vom „Vertretenen". Der „Vertretene" im Sinne dieser Vorschrift aber ist derjenige, dem die privatrechtliche Verfügungsmacht über den Gewerbebetrieb zusteht.

2. Nur auf diesem Wege kommen wir auch zu einer brauchbaren Auslegung des zweiten Satzes, welcher den Vertretenen bei Verlust der Erlaubnis usw. verpflichtet, den Stellvertreter zu entlassen. Soll der verfügungsunfähige, d. h. nichtgeschäftsfähige Gewerbetreibende verpflichtet sein, den Stellvertreter zu entlassen[198], obwohl er hierzu gar nicht in der Lage ist, und soll er wegen Unterbleibens der von vornherein unmöglichen Entlassung die Erlaubnis verlieren? Dies kann nicht der Sinn der Vorschrift sein. Die Verpflichtung zur Entlassung des Stellvertreters trifft vielmehr denjenigen, der allein diese Entlassung rechtswirksam verfügen kann, nämlich im vorliegenden Falle den gesetzlichen Vertreter des nichtgeschäftsfähigen Gewerbetreibenden.

Damit entfällt auch ohne weiteres die im Schrifttum zum Teil ausführlich erörterte Frage[199], ob sich die Worte „ist dies nicht der Fall" im zweiten Satz sowohl auf das „mit Vorwissen" als auch auf das „verfügungsfähig" beziehen. Sie können sich nach unserer Auffassung nur auf das Vorwissen des „Verfügungsfähigen" beziehen, d. h. des Gewerbetreibenden oder des gesetzlichen Vertreters eines nicht-geschäftsfähigen Gewerbetreibenden. Die Entziehung der Erlaubnis kann somit nach § 151 Abs. 2 Satz 2 dann erfolgen, wenn zwar die Uebertretung nicht mit Vorwissen des Verfügungsfähigen erfolgt ist, dieser es aber unterläßt, den Stellvertreter zu entlassen.

Da der Verfügungsfähige selten wird beurteilen können, ob die Uebertretung des Stellvertreters an sich eine Erlaubnisentziehung rechtfertigen würde, wird man ihm die Erlaubnis erst entziehen können, wenn er zuvor von der Behörde zur Entlassung des Stellvertreters aufgefordert wurde.[200]

3. Daraus, daß § 151 Abs. 2 nur für Uebertretungen des Stellvertreters gilt, darf nicht geschlossen werden, daß eine Entziehung der Erlaubnis wegen Uebertretungen anderer Hilfspersonen ausgeschlossen wäre. Eine von solchen Personen auf Weisung des Gewerbetreibenden begangene Uebertretung wird nach allgemein-strafrechtlichen Gesichtspunkten in der Regel als eigene Tat des Gewerbetreibenden oder einer solchen hinsichtlich der Rechtsfolgen gleichzustellende Anstiftung erscheinen und kann zur Entziehung der Erlaubnis unmittelbar nach § 53 GO. führen.

198 So Landmann-Rohmer § 151 Anm. 4 e.

199 Vgl. Kähler, Stellvertretung, S. 48; Winter, Stellvertreter, S. 90 ff.

200 Vgl. Landmann-Rohmer, § 151 Anm. 4 e.

4. Ebenso kann die Untersagung gewisser Gewerbe nach § 35 GO. verfügt werden, nicht nur wegen Handlungen des Gewerbetreibenden selbst, sondern auch wegen des Verhaltens eines Stellvertreters oder sonstiger Hilfspersonen. Die Anstellung unzuverlässiger Hilfspersonen oder die Duldung unzulässiger Handlungen derselben können nämlich „Tatsachen" darstellen, „welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf den Gewerbebetrieb dartun".

IV. Die Entziehung der Stellvertretererlaubnis.

Die Reichsgesetze, welche eine besondere, formelle Stellvertretererlaubnis vorschreiben (vgl. oben § 6 III), enthalten naturgemäß auch Sonderbestimmungen über deren Entziehung. Die Stellvertretererlaubnis kann, obwohl sie an sich dem Vertretenen erteilt ist, wegen Unzuverlässigkeit des Stellvertreters zurückgenommen werden (vgl. § 12, Abs. 2, Ziff. 1, 6 in Verb. mit §§ 6, 2 Abs. 1 Ziff. 1, 2 GastStG.; § 5 VerstG.; § 15 Abs. 3 in Verb. mit § 14, Abs. 8 MilchG.). Die in § 12 GastStG. aufgezählten weiteren Gründe für die Entziehung der Stellvertretererlaubnis brauchen hier nicht erörtert zu werden. Dagegen sei hervorgehoben, daß diese Gesetze den Geltungsbereich des § 151 Abs. 2 GO. nicht eingeschränkt haben[201], daß also auch bei diesen Gewerben wegen Handlungen des Stellvertreters nicht nur die Stellvertretererlaubnis, sondern auch die Betriebserlaubnis selbst zurückgenommen werden kann.

§ 9: Die Folgen unbefugter Stellvertretung.

Unter „unbefugter Stellvertretung" wollen wir zusammenfassend alle die Fälle verstehen, in denen das Gewerberecht dem Willen des Gewerbetreibenden, des Stellvertreters oder beider, ein Stellvertretungsverhältnis zu begründen, die rechtliche Anerkennung und die beabsichtigte Wirkung versagt. Der Grund dafür kann entweder darin liegen, daß der als Stellvertreter Bezeichnete nicht die einem solchen zustehende Rechtsstellung einnimmt, daher begrifflich gar kein Stellvertreter ist (scheinbare Stellvertretung), oder darin, daß der Stellvertreter nicht die erforderlichen Eigenschaften besitzt (Stellvertretung durch einen ungeeigneten Stellvertreter), oder schließlich darin, daß der Vertretene zu dem Gewerbebetrieb nicht befugt ist (Stellvertretung eines Nichtberechtigten).

[201] Vgl. Michel, Gaststättengesetz, § 12 Anm. III; § 13 Anm. 2 VerstG. bei Pfundtner-Neubert.

I. Scheinbare Stellvertretung.

Wie bei der Begriffsbestimmung des Stellvertreters dargelegt wurde, ergibt sich die Vertretungsbefugnis des gewerblichen Stellvertreters aus objektiven Merkmalen ohne Rücksicht auf die von den Beteiligten gewählten Bezeichnungen. Wird jemand als „Stellvertreter" bezeichnet, obwohl diese objektiven Merkmale — nämlich selbständige Wahrnehmung der sich aus der Rechtsstellung des Gewerbetreibenden ergebenden Pflichten und Befugnisse auf Rechnung und Gefahr eines andern — nicht gegeben sind, so ist er kein Stellvertreter und wir können ihn einer zwar ungenauen aber eingebürgerten Ausdrucksweise des BGB. folgend als „Vertreter ohne Vertretungsmacht" bezeichnen.

Die Vertretungsmacht kann fehlen entweder, weil der angebliche Stellvertreter nicht die begrifflich notwendige Selbständigkeit besitzt, oder weil er darüber hinaus das Gewerbe auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt.

1. Hat der angebliche Stellvertreter nicht die Selbständigkeit eines gewerblichen Stellvertreters, so gehört er zu der Gruppe der „gewerblichen Arbeiter" im Sinne der Gewerbeordnung (Ueberschrift des Titels VII). Die Behörde wird sich, auch wenn einer der Beteiligten oder beide etwas anderes behaupten, nur an den Gewerbetreibenden selbst wenden und halten. Hat aber der Gewerbetreibende selbst die Behörde in einen Irrtum hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse versetzt, so kann er sich wegen der Wirksamkeit der an den angeblichen Stellvertreter gerichteten Verwaltungsakte gegen ihn nicht auf den Mangel der Vertretungsmacht berufen.

Ist dagegen der gewerbliche Arbeiter oder ein außerhalb des Betriebs Stehender ohne Wissen des Gewerbetreibenden als Stellvertreter aufgetreten, so sind die von ihm in Ansehung des Gewerbebetriebs der Behörde gegenüber abgegebenen Willenserklärungen, sonstigen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen schlechthin nichtig. Eine Genehmigung durch den Vertretenen ist ausgeschlossen. Für das Gebiet der Willenserklärungen hat dies zutreffend der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württ. in Art. 55 Abs. 3 a. F. (= Art. 89 n. F.) ausgesprochen unter Hinweis auf die im bürgerlichen Recht herrschende Anschauung, daß Willenserklärungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht einer Behörde gegenüber unzulässig seien. Dieser Grundsatz verdient Ausdehnung auf sämtliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, denn die Begründung ist hier wie dort dieselbe: „Es widerspricht der öffentlichrechtlichen Stellung einer in Ausübung der öffentlichen Gewalt tätig werdenden Behörde gegenüber dem Einzelnen, die rechtliche Wirkung der Erklärung eines Vertreters ihr gegen-

über, wie überhaupt ihr Verhalten auf die Erklärung eines solchen an die Genehmigung des Vertretenen binden zu lassen".[202] Ein an einen solchen Vertreter ohne Vertretungsmacht gerichteter und nur ihm bekanntgemachter Verwaltungsakt ist gegenüber dem Gewerbetreibenden unwirksam, solange er nicht auch dem Gewerbetreibenden bekannt gegeben ist, denn die Bekanntgabe an denjenigen, für den er bestimmt ist, ist wesentliches Erfordernis für das Zustandekommen des Verwaltungsaktes[203]; sie kann nicht ersetzt werden durch Bekanntgabe an einen Vertreter ohne Vertretungsmacht.

In Bezug auf die Strafbarkeit wegen gewerbepolizeilicher Uebertretungen wird der Vertreter ohne Vertretungsmacht einem selbständigen Gewerbetreibenden gleichzustellen sein.

2. Stellt die Behörde fest, daß sich jemand als gewerblicher Stellvertreter ausgibt, obwohl er in Wirklichkeit selbständiger Gewerbetreibender ist, weil er das Gewerbe auf eigene Rechnung betreibt (z. B. als Pächter, Käufer des Betriebs und drgl.), so wird sie ihn als selbständigen Gewerbetreibenden behandeln, ihn also wegen Uebertretungen nicht auf dem Umweg über § 151 GO., sondern unmittelbar auf Grund der übertretenen Vorschrift bestrafen. Insbesondere kann sie ihn nach § 148 Abs. 1 Ziff. 1 GO. wegen Unterlassung der in § 14 GO. vorgeschriebenen Anzeige über den Beginn eines selbständigen Gewerbebetriebs bestrafen. Handelt es sich um ein erlaubnispflichtiges Gewerbe, so kann der Betrieb nach § 15 Abs. 2 GO. polizeilich verhindert und der angebliche Stellvertreter nach § 147 Abs. 1 Ziff. 1 GO. wegen Beginns oder Fortsetzung eines erlaubnispflichtigen Gewerbes ohne die vorgeschriebene Erlaubnis bestraft werden.[204]

Hat die Behörde, getäuscht durch die von den Beteiligten vorgenommene Verschleierung der Tatsachen, Verwaltungsakte dem angeblichen Vertretenen gegenüber vorgenommen, so kann der angebliche Stellvertreter, der in Wirklichkeit Gewerbetreibender ist, nicht die Unwirksamkeit solcher Verwaltungsakte ihm gegenüber geltend machen.

II. Stellvertretung durch einen ungeeigneten Stellvertreter.

Ungeeignet ist ein Stellvertreter, der die persönlichen Voraussetzungen zum Betrieb eines erlaubnispflichtigen Gewerbes nicht erfüllt. Diese können wie oben (§ 6) dargestellt, entweder in gewissen persönlichen Eigenschaften bestehen, oder bei einigen Gewerben im Besitze einer formellen Stellvertretererlaubnis.

[202] Begr. EWWRO. zu Art. 55, Abs. 3.
[203] Vgl. v. Köhler, Grundlehren, S. 163; Art. 62 EWWRO.
[204] Vgl. § 48 Württ. Min. Verf. vom 9. 11. 1883, WRegBl. S. 234.

1. Der Betrieb eines erlaubnispflichtigen Gewerbes durch einen Stellvertreter, der nicht die vorgeschriebenen Eigenschaften aufweist, ist zwar nach § 45 Satz 2 unzulässig, jedoch nirgends mit Strafe bedroht. Die Beseitigung eines solchen Stellvertreters muß daher im Wege des verwaltungsrechtlichen Zwangsvollzugs erfolgen durch Zwangsstrafen und Anwendung unmittelbaren Zwangs. Die Zwangsmittel können sowohl gegen den Gewerbetreibenden, wie auch gegen den Stellvertreter angewandt werden[205], da in diesem Falle beide gegen die Vorschrift des § 45 Satz 2 verstoßen. Jedoch wird im einzelnen Falle der Anwendung von Zwangsmitteln eine polizeiliche Verfügung vorausgehen müssen, mit der Aufforderung, die Stellvertretung durch den ungeeigneten Stellvertreter aufzugeben. Dies muß schon deshalb verlangt werden, weil die Beteiligten meist nicht in der Lage sind, den Mangel der erforderlichen Eigenschaften selbst festzustellen, entspricht aber auch den herrschenden Grundsätzen über den Verwaltungszwang.[206] In § 46 Abs. 4 Württ. Min. Verf. vom 9. 11. 1883 (a. a. O.) ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß der polizeilichen Verhinderung die Untersagung der Stellvertretung durch den beanstandeten Stellvertreter vorauszugehen hat.

Die Weigerung eines Gewerbetreibenden, den von der Behörde beanstandeten Stellvertreter zu entlassen, kann u. U. auch Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden selbst gestatten und zur Zurücknahme der Erlaubnis nach § 53 GO. führen.[207]

2. Wenn durch Reichsgesetze eine formelle Stellvertretererlaubnis vorgeschrieben ist, sind regelmäßig auch Strafbestimmungen getroffen gegen die Ausübung eines Gewerbes durch einen Stellvertreter, für den eine Stellvertretererlaubnis nicht erteilt ist. Im Gaststättengesetz ist für diesen Fall die Strafbarkeit des Stellvertreters ausgesprochen in § 29 Ziff. 3, diejenige des Gewerbetreibenden selbst in § 30 Abs. 1 Ziff. 2; ebenso für das Versteigerergewerbe § 10 Ziff. 2 und § 11 Abs. 1 Ziff. 2 VerstG. Das Milchgesetz sieht nur die Bestrafung des Stellvertreters vor (§ 46 Abs. 2). Derjenige, der als Stellvertreter einen den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes unterliegenden Verkehr mit Landfahrzeugen ohne die hierzu erforderliche Genehmigung

[205] Vgl. Schicker, § 45 Anm. 3.
[206] v. Köhler, Grundlehren, S. 283, 291.
[207] Vgl. Schicker, S. 243.

unternimmt, wird nach § 40 PersonenbefG. bestraft; dasselbe gilt für den Stellvertreter im Güterfernverkehrsgewerbe nach § 36 GüterfernverkG.

III. Stellvertretung eines Nichtberechtigten.

Wie bei den Voraussetzungen in der Person des Vertretenen ausgeführt wurde,[208] ist bei den erlaubnispflichtigen Gewerben die Stellvertretung nur rechtmäßig, wenn und solange sich der Vertretene im Besitze der Erlaubnis befindet. Ist dies nicht der Fall, so ist derjenige, der als Stellvertreter des Nichtberechtigten das erlaubnispflichtige Gewerbe beginnt oder fortsetzt, für die Erlangung der Erlaubnis nach § 151 Abs. 1 Satz 1 haftbar und kann in Verbindung damit nach § 147 Abs. 1 Ziff. 1 GO. bestraft werden; selbstverständlich unterliegt außerdem der Gewerbetreibende selbst der Bestrafung unmittelbar nach § 147 Abs. 1 Ziff. 1 GO. wegen Beginns eines erlaubnispflichtigen Gewerbes ohne Erlaubnis.

[208] Vgl. oben § 5 I.

Lebenslauf.

Ich wurde am 21. November 1911 zu Stuttgart geboren als Sohn des Uhrmachermeisters Eugen Schreiber und seiner Ehefrau Anna, geb. Walz. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Im Frühjahr 1931 legte ich an der Friedrich-Eugens-Oberrealschule zu Stuttgart die Reifeprüfung ab. Anschließend widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen im Sommer-Semester 1931, Winter-Semester 1931/32 und Sommer-Semester 1932, München im Winter-Semester 1932/33, Kiel im Sommer-Semester 1933 und dann wieder an der Universität Tübingen im Winter-Semester 1933/34, Sommer-Semester 1934 und im Winter-Semester 1934/35. Am 10. September 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Stuttgart. Seit 1. Oktober 1935 stehe ich im Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart.